

البئر وضمانه

للدكتور : ياسين بن ناصر الخطيب

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا . من يهد الله فلا مضلّ له ومن يضلّل فلا تجد له وليّاً مرشداً .

والصلاة والسلام على نبينا محمد، وآله وصحبه ومن والاه، ومن أراد لهذه الأمة التيقظ والانتباه، وبعد :

فإن الإنسان - وهو يرى المشاكل قائمة في بعض الأمور التي تُهمُّ المجتمع الذي يعيش فيه - ليأسف على قومه كيف لم يتقدموا إلى الشرع يستلهمون منه ما يرشدهم إلى الخير، ويدلّهم على ما فيه الصلاح ؟!

وقد رأيت أن الآبار وما شاكلها من حفر البالوعات - البيارات - ومن حفر السواقي والأنهار في الطرقات لتصريف المياه، وحفر الحفر العميقة لزراعة النخيل، كلّ ذلك سبّب مشكلات طويلة، ومأسّ مزمنة في حياة الناس، وسبّب تنازعاً وخصاماً، وخاصةً تلكم المنازعات التي تحدث من جراء الآبار في القرى والأرياف والصحاري والفيافي والطرق، مما يستدعي وضع حلول ناجعة، وأحكام مستنبطة من شرعنا الشريف أو من قواعده العامة، فأحببت أن أدلي بدلوي فأستخرج ما كتبه العلماء

من أحكام تدور حول البئر وما يتعلق به .

وبما أنني وجدت أنَّ أكثر المنازعات تخص ضمان ما يسقط في البئر وضمن الأجراء الذين يحفرونها، لذلك جعلت بحثي مقتصرًا على هذه المسألة، مع تعريف بالبئر والضمان، ثم بينت أسباب الضمان، وبينت أيَّ أسباب الضمان يدخل في ضمان البئر، وجعلت البئر مثالاً .

وقد وجدت أن علماءنا الأعلام لم يتركوا صغيرة ولا كبيرة إلا بحثوها أو وضعوا قاعدة تكون لها ولغيرها أساساً وأصلاً . وهذا وحده كافٍ للدلالة على عظمة التشريع الإسلامي وشموله لكل نواحي الحياة المختلفة . فسبحان من أحاط بكل شيء علماً .

وقد جعلت بحثي هذا مسائل متسلسلة وصلت إلى أربع وستين مسألة، وجعلت المقدمة في التعريفات ثم ختمت البحث بخاتمة في أهم ما توصل إليه البحث . والله الموفق .

ملاحظة :

إذا قلت : (قلت) فهو من كلام الباحث .

إذا قلت : وأستطيع أن أستدلَّ لهؤلاء أو نحو ذلك، فهذا إذا لم أجد دليلاً لهم .

وإذا ذكر بعض الفقهاء مسألة ولم يختلفوا فيها ووجدت أنها صحيحة فأقول : وهو الصحيح، أو نحو ذلك . وإن اختلفوا فإني أذكر الخلاف والأدلة والمناقشة والترجيح حسب الوسع .

المقدمة : في التعريفات :

(١) تعريف البئر :

البئر : حفرة عميقة يستخرج منها الماء أو النفط، مؤنثة، جمعها أبؤر، وأبآر، وآبار، وبئار^(١).

(٢) تعريف الضمان لغة :

عُرِف الضمان لغة بتعريفات كثيرة يمكن حصرها فيما يلي :

(أ) الاحتواء؛ لقول ابن فارس : الضمان : جعل شيء في شيء يحويه .

(ب) الكفالة؛ لقول ابن فارس : والكفالة تسمّى ضماناً من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضَمَّنْتَه فقد استوعب ذمته^(٢).

(ج) الاشتمال على الشيء؛ لقول الجوهري : فهت ما تضمنه كتابك، أي ما اشتمل عليه^(٣).

(د) الإلزام والالتزام . قال الفيروزآبادي : وضَمَّنْتَه الشيء

(١) الوسيط ٣٦/١، مادة (بأر)، وانظر الصحاح، مادة (بأر). وقد استعملها الفقهاء مذكرة ومؤنثة وسأستعملها كذلك مذكرة ومؤنثة، وكذلك الطريق .

(٢) ابن فارس، أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، ومعجم المقاييس في اللغة، حققه شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، ط/١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ص ٦٠٣ .

(٣) الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ٢١٥٦/٦، مادة (ضمن) .

تضميناً وتضمنه عني : غرّمته فالتزمه^(١) .

وإذن فإذا ضمّن إنسان آخر قيمة متلف فقد ألزم ذمته، فاشتملت على ذلك المبلغ وتكفلت بأدائه .

(٣) تعريف الضمان اصطلاحاً :

عرّف فقهاؤنا المتقدمون والمعاصرون^(٢) الضمان بتعريفات كثيرة ومختلفة، وقد اخترت التعريف التالي من تلك التعريفات، فقلت : الضمان : إلزام بتعويض عن ضرر .

(١) الفيروزآبادي، مجدالدين محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، مادة (ضمن) .

(٢) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/٢١١، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي، فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ١/٧٩م ٨٦، الدسوقي : محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، عيسى الحلبي الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت ٩٧٧)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، المكتبة الإسلامية، ابن قدامة : موفق الدين عبدالله بن أحمد (ت ٦٢٠هـ) ٢/١٩٨، المغني، بتحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ود. عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر ط/١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ٧/٧٢، الزرقاء : مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، أو المدخل الفقهي العام، ط/١٠، مطبعة طربين دمشق ١٣٨٧هـ/١٩٦٨م ٢/١٠٣٢ فقرة (٦٤٨)، ومحمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط/١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص ١٤، الزحيلي : وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ١٤ .

وسبب اختيار هذا التعريف هو لأن كلمة (إلزام) بقوة أن يلزم الشرع شخصاً ضرراً غيره بتعويضه؛ ذلك لأن الإلزام لا يكون إلا من حاكم، والحاكمة لله وحده .

وكلمة (بتعويض) توحى أن هناك خللاً حصل، وضرراً حدث، وعلى قاعدة (الضرر يزال) فيجب إزالة الضرر أو ترميم آثاره، وهذا الترميم يكون إما بإعطاء المثل، وحينئذ كأن الضرر لم يحدث؛ لأن المثليات يقوم بعضها مقام بعض، وإما بإعطاء القيمة، فإذا كان التالف قيماً وأعطينا القيمة، فحينئذ يستطيع المضرور أن يشتري بالقيمة مثل ما تلف منه .

وكلمة (ضرر) شاملة لكل أنواع الضرر : الكلي والجزئي، ضرر بالنفس أو بالمال أو بالمنافع .

وطلب التعويض عن الضرر لا يكون إلا إذا أضر الإنسان غيره، فالتعريف إذن واضح موجز .

نعم تعريف الضمان بأنه (تعويض عن ضرر) كما قيل أوجز، لكن هذا التعريف غير مانع، إذ قد يحترق دار إنسان قضاءً، ويجمع له أصحابه ما يعوّضون به ما احترق، فهذا تعويض عن ضرر لكنه ليس بضمان، فبقي تعريفنا سليماً . والله أعلم .

(٤) أسباب الضمان :

قال الدكتور وهبة الزحيلي^(١) في كتابه نظرية الضمان :

(١) الزحيلي : من الفقهاء المعاصرين، كتب كتباً نافعة من أهمها كتابه الفقه الإسلامي وأدلته .

يتبين مما ذكر الفقهاء في الفقه العام أن أسباب الضمان ثلاثة : عقد ويد وإتلاف، وبعبارة أخرى العقد، ووضع اليد سواء كانت اليد عادية - أي معتدية غير مؤتمنة - أم ليست بعادية، والإتلاف مباشرة - أي عدواناً - أو تسبياً^(١).

(قلت) فالذي يخص موضوع ضمان البئر هو وضع اليد بقسميها اليد المعتدية والأمانة، والإتلاف بقسميه المباشر والتسبب . وسيأتي كل ذلك مفصلاً .

مسائل ضمان البئر :

وضع علامة على البئر وسدها :

(٥) ينبغي لمن حفر بئراً في الطريق الواسعة لمصلحة المسلمين ونفعهم أو في الموات أن يجعل عليها حاجزاً تعلم به، لتتوقى . ومن لم يسدّ بئره سدّاً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها^(٢) . ا . هـ .

وبعد أن ذكر الماوردي الخلاف في حفر البئر لمصلحة المسلمين، نقل الرملي والشربيني عنه ما يلي :

وخصّ الماوردي الخلاف بما إذا أحكم رأسها، فإن لم يحكمها وتركها مفتوحة ضمن مطلقاً، ومحله أيضاً ما إذا لم ينهه

(١) القرافي، الفروق ٢/٢٠٦، ابن رجب، القواعد ص ٢٠٤ وما بعدها،

الزحيلي وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ٦٣ .

(٢) ابن حجر، التحفة ٧/٩ .

الإمام، ولم يقصر، فإن نهاه وحفر، ضمن، أو قصر كأن حفر في أرض خوارة ولم يطوها، ومثلها ينهار إذا لم يطو، أو خالف العادة في سعتها ضمن، وإن أذن له الإمام . ا . هـ . قال ذلك الشافعية والحنابلة^(١). وقال ابن تيمية رحمه الله : ومن لم يسد بثره سدًا يمنع الضرر ضمن ما تلف بها^(٢).

(قلت) وهذا هو الصحيح؛ لأن تغطيتها من تمام نفعها، أما تركها هكذا مكشوفة فهي عرضة لأن يسقط بها الناس خاصة الأطفال والعميان .

ومثل ذلك ما تحفره شركات الهاتف والكهرباء والماء والصرف الصحي، ومثله ما يحفر من أجل زراعة الأشجار والنخيل، فعلى هؤلاء جميعاً أن يضعوا ما يبين ذلك للمارة، وخاصة السيارات حتى لا تسقط في تلك الحفر، وعليها أن تنير كل ذلك في الليل، وإلا فإنها ضامنة لما يتلف بسببها .

شروط ضمان البئر :

(٦) اشترط الفقهاء شروطاً، وهي كما يلي :

اشترط الشافعية لضمان حافر البئر شروطاً هي :

(أ) أن يكون حفره عدواناً^(٣)، وإلا فلا ضمان .

(١) الرملي، النهاية ٣٥٥/٧ الشرييني، مغني المحتاج ٨٤/٤، البهوتي، الكشف ١٣٥/٤ .

(٢) المرداوي، الإنصاف ٢٢٥/٦ .

(٣) العدوان يشمل الحفر في ملك غيره أو مشترك بلا إذن فيهما أو في طريق =

(ب) أن لا يكون الواقع فيها قد تعمّد الوقوع، وإلا فدمه هدر .

(ج) أن لا يكون هناك مباشرة تقطع سبب الحفر، فلو ردّي إنسان آخر في بئر حفرت عدواناً فالضمان على المردّي؛ لأنه المباشر .

(د) أن لا يكون الواقع بصيراً والبئر مفتوحة، وإلا فلا ضمان .
(هـ) أن يستمرّ التعدّي إلى حين سقوط الساقط الهالك بها، فلو زال التعدّي، كأن حفرت في ملك الغير بدون إذن ثم رضي المالك قبل السقوط أو ملك الحافر البقعة التي فيها البئر، فلا ضمان لزوال التعدّي .

(و) أن لا يكون المالك قد عرّف الداخل بها، بل غرّه^(١) . ا . هـ .

وذكر الحنفية^(٢) أن الضمان ينتفي بشيئين : بإذن الإمام، أو بتعمّد المرور، وكذا لا ضمان فيما فعله الإنسان في ملكه أو في فناء له حقّ التصرف فيه^(٣) . ا . هـ . ومعروف أن المردّي يضمن

= ضيق أو واسع ويضر بالمارة أو لنفسه .

(١) ابن حجر، التحفة وشرواني، الحاشية ٧/٩، ٨، الشربيني، المغني ٨٣/٤، ٨٤ .

(٢) الحصكفي، الدر المختار ٣٨٣/٥ ذكر المتعمد للوقوع في البئر، وذكر أن تعمّد الوقوع مباشرة والحفر سبب والإضافة إلى المباشر أولى من الإضافة إلى السبب، الحصكفي، البدر ٦٥٧/٢، ذكر أن الضمان ينتفي بشيئين .

(٣) الحصكفي، البدر ٦٥٦/٢ .

دون الحافر .

وأما المالكية فقد بنوا المسألة كلها على القصد إذا لم يكن هناك ضرر، فيكون القتل عندهم عمداً بشروط ثلاثة :

(أ) أن يقصد الفاعل بفعله الضرر .

(ب) أن يكون من قصد ضرره شخصاً معيناً .

(ج) وأن يهلك ذلك المعين .

قال الدسوقي : لأنه إذا لم يقصد الضرر لا شيء عليه .

وقال : إن القصاص في صورة واحدة، وهي ما إذا قصد الضرر، بشخص معين، وهلك ذلك المعين . وإن الدية في صورتين :

(أ) أن يقصد ضرر شخص معين، فيهلك غيره .

(ب) أن يقصد ضرر غير معين كائناً من كان من آدمي محترم أو دابة^(١) . وسيأتي مزيد بيان لمذهب المالكية .

وقال الحنابلة^(٢) يشترط للضمان :

(أ) أن لا يقطع السبب بالمباشرة^(٣)، وإلا فالضمان على المباشر .

(١) الدسوقي، الحاشية ٢٤٤/٤، وانظر الزرقاني، شرح المختصر ٩/٨ .

(٢) ابن قدامة، المغني ٨٨/١٢ - ٩٠ ذكرها متفرقة، وانظر للعدوان ما تقدم عند الشافعية في المسألة (٦) الهامش (١) .

(٣) وذلك كأن يتعمد شخص الوقوع فيها، أو يضع حجراً أو سكيناً عند فوهة البئر أو يضع داخلها سكيناً ونحو ذلك .

(ب) أن يكون عدواناً وإلا فلا ضمان .

(ج) أن لا يكون الداخل متعدياً وإلا فلا ضمان .

(٧) مسائل خاصة في المذهب المالكي :

نستطيع أن نلخص خلاف المالكية مع الجمهور في موضوع البئر، بأن المالكية يهتمون أكثر من غيرهم بالقصد غير ناظرين إلى غيره في الغالب، ولذلك نجد عبارات المالكية تحدد القصد من العمل وتجعل الحكم مقصوراً عليه وجوداً وعدماً .

قال العدوي^(١) : اعلم أن حاصل مسألة البئر أنه إن لم يقصد بحفرها ضرراً، فإن حفرها في محل لا يجوز له كالطريق ضمن ما تلف بها؛ لأن فعلها في الطريق يحمل على قصد الضرر، وإن كان في محل يجوز له، فلا ضمان عليه، وإن حفرها بقصد الضرر، ولو في محل يجوز له، فإن حفرها لإهلاك شخص غير معين فإنه يضمن ما هلك فيها غير آدمي، وإن حفرها لإهلاك سارق غير معين، وهلك فيها غير آدمي، فالظاهر الضمان، وإن حفرها لإهلاك شخص بعينه، فإن هلك ذلك الشخص، اقتصر منه، وإن هلك غيره ضمن ديته . وإن حفرها لمن يجوز قتله، كحفرها في بيته أو حائطه لنحو سبع فلا يضمن ما هلك فيها من

(١) العدوي (١١١٢ - ١١٨٩ هـ) علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي العدوي المالكي الأزهري الشهير بالصعيدي فقيه محدث أصولي متكلم، له المؤلفات الكثيرة . البغدادي، هدية العارفين ١/٧٦٩ وانظر حاشية الشيخ عدوي على الخرشي ٨/٨ .

آدمي سارق أو غيره .

وإن حفر بئراً حول زرعه لمنع الدواب عنه خشية أن تفسده فلا ضمان عليه . وإن حفرها لإتلاف دواب الناس ضمن^(١) . ا . ه .

وفي المدونة : قال مالك : من حفر شيئاً مما يجوز له في طريق المسلمين أو في غير ذلك أو في داره، فعطب فيها إنسان فلا ضمان عليه .

قال مالك : وإن حفر رجل في دار حفيراً لسارق يرصده ليقع فيه . . . فهو ضامن .

(قلت) لِمَ ، وإنما وضعه حيث يجوز له ؟ قال : لأنه تعمّد بما وضع حتف السارق، قلت : فإن عطب به غير السارق ؟ قال : كذلك يضمن . قلت : أسمعته من مالك ؟ قال : هو قوله^(٢) .

وقال الشيخ الدردير في الشرح الصغير^(٣) : وأما الجناية بالتسبب فأشار له بقوله أو تسبب الجاني في الإتلاف كحفر بئر وإن حفرها ببيته فوقع فيها المقصود - أي الذي قصد قتله - وهلك المعين المقصود بالبئر وما بعده فالقود من المتسبب، وإلا يهلك

(١) عlish، فتح العلي المالك ٣٣٩/٢، وانظر حاشية الشيخ عدوي على الخرشى ٨/٨ .

(٢) ابن القاسم، المدونة ٥٠٦/٤ .

(٣) مع الحاشية بلغة السالك ٣٨٤/٢ .

المقصود بل غيره، أو لم يكن لمعين بل قصد مطلق الضرر؛ فهلك بها إنسان، فالدية في الحر المعصوم، والقيمة في غيره .
ومفهوم قصد مطلق الضرر أنه إن لم يقصد ضرراً بالحفر وما بعده فلا شيء عليه ويكون هدرًا .

فهذه النصوص كما هو ملاحظ تُدْندِن حول نقطة واحدة، وهي أنه إن حصل عدوان بحفر البئر، بأن حفرت فيما لا يجوز الحفر فيه ففيه الضمان ولو لم يقصد، فإن حفر فيما يجوز له الحفر فيه فعليه الضمان إذا قصد الضرر مع أن جميع الفقهاء الباقيين لم ينظروا إلى القصد، وإنما نظروا إلى العمل نفسه .

ولذلك إذا ردَّى إنسان آخر في بئر حفرت تعدياً فالفقهاء الثلاثة متفقون على أن الضمان على المردِّي لا على الحافر؛ لأن الحافر متسبب والمردِّي مباشر، والحكم يضاف إلى المباشر .

وقال المالكية : ينظر إلى القصد لذلك، نص الشيخ الدردير، على أنه يقتل المتسبب مع المباشر، فإذا حفر إنسان بئراً ليقع فيها إنسان معين فجاء ذلك الإنسان فردّاه ثالث في البئر أنَّ الضمان على الحافر وعلى المردِّي، ولو لم يجتمعا وقت الهلاك، ولو من غير تمالؤ من الحافر والمردِّي^(١) . ا . هـ .

هذا كله يدل على أن للقصد الأهمية العظمى عند المالكية، وأما إذا كان هناك تعد وحصل ضرر فالضمان واجب من غير نظر إلى القصد .

(١) الدردير، الشرح الكبير ٢٤٦/٤، وانظر الزرقاني، شرح المختصر ٩/٨ .

قال ابن جزّي^(١): الباب العاشر في التعدي . . . أو حفر بئراً - بحيث يكون حفره تعدياً - فسقط فيه إنسان أو بهيمة، فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبّب في إتلافه، سواء فعل ذلك كله عمداً أو خطأ .

وفي تبصرة الحكام : وأما من عمل ما يجوز له : كبئر يحفرها للمطر أو مرحاض يحفره إلى جانب حائطه . قال أشهب : ما لم يضر البئر والمرحاض بالطريق . ١ . هـ . أو يحفر بئراً في داره ولا يقصد بها ضرراً لأحد، فلا يضمن ما نشأ عن ذلك في هذه الوجوه^(٢) .

(قلت) وكل هذا ينطبق على ما إذا حفر إنسان حفرة لزرع شجر أو نخل أو حفر لمد أسلاك الكهرباء وغير ذلك .

ما يضمن في البئر :

(٨) يكون الضمان في حفر البئر إذا تلف به آدمي حر، الدية على عاقلة الحافر حياً أو ميتاً، وإن كان الهالك عبداً أو بهيمة أو مالاً لآخر فيضمن بالقيمة من مال الحافر الحر، قال ذلك الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) ذكروا الأخذ من تركته، وبه قال المالكية إذا لم يقصد

(١) ابن جزّي (٦٩٣ - ٧٤١ هـ) . محمد بن أحمد بن عبدالله بن يحيى بن جزّي فقيه مقلد خطيب، له تأليف في علوم مختلفة، توفي قتيلاً (شهيداً) في معركة طريف . انظر مقدمة تفسيره التسهيل بتحقيق محمد عبدالمنعم البونسي وإبراهيم عطوة عوض، دار الكتب الحديثة، صفحة (د - ط) .

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٤٦/٢ .

(٣) ابن حجر، التحفة، وشيرواني، الحاشية ٧/٩ .

(٤) البهوتي، الكشف ١٣٥/٤ ذكر موت الحافر .

المقتول بالحفر، فإن قصده بعينه فالقصاص، وتقدم في المسألة السابقة .

الحفر في الموات :

إذا حفر إنسان بئراً فلا يخلو : إما أن يكون في موات^(١) أو طريق أو ملك .

(٩) فإن حفر البئر في الموات أو في المفازة فقد اتفق الفقهاء^(٢) على أنه لا يضمن ما هلك فيها؛ لأنه ليس فيه تعد، وفيه مصلحة للمسلمين، واشترط الحنفية أن لا يكون الحفر في الصحراء في طريق المارة بحيث يحفر في وسط الطريق، فلو حفر وسط الطريق حيث يمر الناس والدواب عليها يضمن، بهذا قيّد

(١) تعريف الموات : قال الكاساني : هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ولا حقاً له خاصاً . الكاساني، البدائع ١٩٤/٦ .

وقال الحطاب والمواق والدردير : موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست . الحطاب، مواهب الجليل، المواق، التاج والإكليل ٢/٦، الدردير، الشرح الكبير ٦٦/٤ .

وقال الشافعي في الأم ٤١/٢ : ما لم يملكه أحد في الإسلام بعرف ولا عمارة، ملك في الجاهلية أو لم يملك، فذلك الموات .

وقال ابن قدامة في المغني ١٤٥/٨ : هو الأرض الخراب الدارسة، تسمى ميتة ومواتاً وموتانا .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٢٧٤/٧، الحصكفي، الدر المختار ٣٨٣/٥، وانظر معه ابن عابدين، الحاشية، الدردير، الشرح الكبير ٢٤٤/٤، النووي، المنهاج، ابن حجر، التحفة ٧/٩، ابن قدامة، المغني ٨٩/١٢ .

بعضهم؛ لأنه قد لا يظهر في الظلمة^(١).

قال الكاساني بعد أن نفى الضمان : لأنَّ الحفر في المفازة مباح مطلق . وشرط الشيخ الدردير من المالكية أن لا يقصد بحفر البئر ضرراً، لذا قال معلقاً على كلام المختصر : ومفهوم قصد الضرر، أنه إن لم يقصد ضرراً فلا شيء عليه - وهو كذلك - إن حفر بملكه أو بموات لمنفعة، ولو لعامة الناس .

وقال النووي في المنهاج : ويضمن بحفر بئر عدواناً لا في ملكه وموات . ١ . هـ . مفهومه أنه إن حفر بملكه أو بموات لا يضمن .

وقال ابن قدامة : وإن حفرها في موات لم يضمن؛ لأنه غير متعد بحفرها .

الأدلة :

ذكرت الأدلة مع الأقوال وأضيف ما علَّل به ابن عابدين في الحاشية « ردِّ المحتار » حيث قال : (قوله لم يضمن) لأنه غير متعد فيه، لأنه يملك الارتفاق بهذا الموضع : نزولاً، وربطاً للدابة وضرباً للفسطاط من غير شرط السلامة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس فكان له حق الارتفاق من حيث الحفر للطبخ أو الاستقاء فلا يكون متعدياً . ١ . هـ . وكذلك إن

(١) المراجع السابقة، وانظر للحنفية : المرغيناني، الهداية ٣١٢/١٠ : (وكذا إن حفر في ملكه لا يضمن)، لأنه غير متعد .

حفر البئر في ملكه لا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد^(١). (قلت) بشرط أن لا يحفر في طريق المارة المسلموكة، هذا ولا خلاف بين الحنفية في هذه المسألة سواء كان بإذن الإمام أم لا؛ ذلك لأن الإمام يشترط الإذن للملك، وهما - أي الصاحبان - لا يشترطانه، أما هنا فعلى رأي الصاحبين لا نحتاج إلى إذن، وكذا على رأي الإمام، لأنه يجعل الحفر في الموات تحجيراً، وهو بسبيل منه بلا إذن، أي هو مقدمة للإحياء وله ذلك، وإن كان لا يملكه بدون الإذن^(٢).

الحفر في الطريق :

فإن حفر البئر في الطريق، نظرنا : لأن الطريق لا يخلو إما أن يكون واسعاً أو ضيقاً، والحفر إما أن يكون بإذن السلطان أو لا، وكذلك إما أن يكون لمصلحة المسلمين أو لمصلحة نفسه، وفي كل إما أن يقصد الضرر أو لا، وعلى ذلك نقول :

(١٠) أولاً : الحفر في الطريق الواسع :

إذا حفر إنسان بئراً في الطريق الواسع فقد اختلفت أقوال الفقهاء بحسب اختلاف زوايا أنظارهم إلى المسألة : فمنهم من نظر مع السعة إلى المصلحة، فقالوا : إن حفر في طريق واسع في موضع لا ضرر فيه، نظرنا، فإن حفرها لمصلحة نفسه فسيأتي .

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٣/٥ .

(٢) ابن عابدين، الحاشية ٢٨٠/٥ .

(١١) وإن حفر البئر لنفع المسلمين :

مثل أن يوسّع في الطريق الواسع المسجد، أو أن تفصل الحكومة بين طريقي الذهاب والإياب بأعمدة للإنارة، أو تزرع النخيل والأشجار وسط الطريق لمصلحة المسلمين، فهذا جائز ولا ضمان فيه .

ومثل أن يحفر لينزل فيه ماء المطر من الطريق، أو ليشرب منه المارة ونحو ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبهه باسط الحصير في المسجد .

بهذا قال الحنابلة^(١)، وسواء حفرها بإذن الإمام أم لا .
وبهذا قال الشافعية^(٢) أيضاً فهم يرون أنه لا يشترط إذن الإمام فيما إذا كان في حفر البئر في الطريق الواسع مصلحة المسلمين .
قال في التحفة نقلاً عن الروض : وله حفرها في الواسع لمصلحة المسلمين بلا ضمان، وإن لم يأذن الإمام . ا . هـ .

وبهذا قال الحنفية^(٣) لكنهم اشترطوا إذن الإمام، قال

(١) ابن قدامة، المغني ٩٠/١٢ . المرداوي، الإنصاف ٢٢٥/٦ . قال : لم يضمن في أصح الروايتين - يعني : إذا لم يكن ضرر وهذا المذهب بهذا الشرط، وذكر ص ٢٢٦ وعنه أنه يضمن... وعنه أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام وإلا ضمن . ثم بين أن الخلاف في السابلة الواسعة أما الضيقة فيضمن بلا نزاع .

(٢) ابن حجر، التحفة ٧/٩ .

(٣) المرغيناني، الهداية ٣١٢/١٠، الكاساني، البدائع ٢٧٤/٧، الحصكفي، البدر، وداماد، المجمع ٦٥٢/٢ .

المرغيناني : ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته . . . فإن أمر السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ؛ لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة، وإن كان بغير أمره فهو متعد، بالتصرف في حق غيره، أو بالافتيات على الإمام، أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وعلى هذا فإذا حفرها بدون إذن السلطان يضمن، وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن، وذلك لأن ما كان من مصالح المسلمين كان الإذن ثابتاً دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً .

وأجيب : بأن ما يرجع إلى مصالح عامة المسلمين كان حقاً لهم، والتدبير في حق العامة إلى الإمام، فكان الحفر فيه بدون إذن الإمام تعدياً كالحفر في ملك الغير^(١) .

رأي المالكية : قال الدسوقي معلقاً على كلام الشيخ الدردير، فإن حفره بملك غيره بلا إذن أو بطريق أو بموات لا لمنفعة فالدية . . . ١٠ هـ علق الدسوقي فقال :

قوله : أو بطريق أي مكان حفره بالطريق مضرراً بها، بأن كان يضيّقها، فإن لم يضر بها فلا غرم عليه لما عطب به^(٢) . ١٠ هـ .
والمالكية متفقون على أنّ الحافر إن قصد الضرر ضمن،

(١) الكاساني، البدائع ٢٧٨/٧ .

(٢) الدردير، الشرح الكبير، والدسوقي، الحاشية ٢٤٤/٤ ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢٥١/٢ ما لم يضر .

وتقدم في المسألة السابعة ببحث مستقل .

وذكر شيخ الإسلام هذه المسألة في الفتاوى ٤٠٣/٣٠ ،
ومثّل لذلك بتوسيع مسجد أو بناء حانوت لمنفعة المسجد، فبين
أنّ البناء في الطريق الواسع بما لا يضر المارة لمصلحة المسلمين،
والمعروف من مذهب أحمد الجواز .

الخلاصة :

رأينا أنّ الشافعية والحنابلة وأبا يوسف من الحنفية متفقون
على أنّ حافر البئر في الطريق الواسع لا يضمن إذا كان لمصلحة
المسلمين وأنّ ذلك لا يحتاج إلى إذن الإمام .

وأما الحنفية غير أبي يوسف فهم يشترطون إذن الإمام
لذلك .

واشترط المالكية لعدم الضمان أن لا يكون الحفر سبباً في
تضييق الطريق وأن لا يقصد الضرر .

الترجيح :

والذي أرجح من هذه الأقوال هو ما يلي :

أن اشتراط إذن الإمام لحفر بئر في الطريق العام اشتراط
صحيح؛ لأننا لسنا أمام إحياء أرض في الفلاة بعيداً عن العمران
وبعيداً عن الناس، وإننا أمام مسألة تخصّ حياة الناس اليومية،
ولذلك فإنني أرى أن الراجح أنه يجب أن لا يكون في حفر البئر
في الطريق تضييق على الناس ولا ضرر بهم، وأن يكون بإذن
الإمام؛ لأنه أعرف بمصلحة الطريق حالاً ومستقبلاً من الحافر

وهكذا لو أراد أن يبني مسجداً أو يحفر ساقية أو أي شيء فيه مصلحة إذا لم يضر .

(١٢) الحفر في الطريق الضيقة :

لا خلاف بين الفقهاء الذين ذكروا هذه المسألة أنه لا يجوز حفر البئر في طريق ضيق يضرب المارة حتى إن بعض الفقهاء نصّ على عدم الجواز ولو أذن الإمام له بذلك ؛ لأن أمر الإمام يبني على المصلحة على قاعدة « الولاية على الرعية منوطة بالمصلحة »^(١) . ولا فرق بين أن يكون لمصلحة المسلمين أو لمصلحة نفسه ، لأن الفقهاء ذكروه مطلقاً . ذكر ذلك المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) . وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما علّلوا به .

(١) نص على عدم اعتبار إذن الإمام الشافعية والحنابلة ، كما تقدم . وانظر للقاعدة المجلة ٥١/١ م ٥٨ .

(٢) الدردير ، الشرح الكبير والحاوية ٤/٢٤٤ ، ذكر : أن الضمان يجب إذا كان الحفر بالطريق مضراً بها بأن كان يضيقها .

وابن حجر ، التحفة ٧/٩ ذكر : أن الضمان يجب إذا كان الحفر بملك غيره بغير إذنه أو بشارع ضيق ، وإن أذن له الإمام .

وابن قدامة ، المغني ١٢/٨٩ - ٩٠ قال : فإن حفرها في طريق ضيق فعليه الضمان لما هلك به ؛ لأنه متعدد ، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن ، لأنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه . المرداوي ، الإنصاف ٦/٢٢٦ ، فإن كانت ضيقة ضمن بلا نزاع .

(١٣) الاشتراك في حفر البئر :

إذا اشترك جماعة - ثلاثة مثلاً - في حفر بئر عدواناً فتلف به شيء فالضمان عليهم جميعاً أثلاثاً .

وإذا حفر إنسان بئراً في الطريق، فوقع فيها رجل فقطعت يده، ثم خرج منها فشجّه رجلان فمرض من ذلك - أي من قطع اليد والشجّ - ثم مات فالدية عليهم أثلاثاً؛ لأنّ ما حصل من الجراحة بالوقوع مضاف إلى الحافر فكأنه فعل ذلك بيده، والمعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات، ألا ترى أنه لو قطع يديه رجلان وشجّه رجل آخر فمات من ذلك كانت الدية عليهم أثلاثاً، وكذلك لو أنّ اللذين قطعاً يديه شجه أحدهما شجة أخرى، لأنّ المعتبر عدد الجناة، فقد يتلف المرء من جراحة واحدة، ويسلم من عشر جراحات . ذكر ذلك الحنفية والحنابلة^(١) .

(قلت) هو الصحيح؛ لما علّلوا به .

(١٤) حفر البئر لمصلحة نفسه :

عرفنا مما سبق أنه إذا حفر البئر لمصلحة المسلمين في الطريق الواسع أنه لا ضمان عليه، كما عرفنا أنّ الحفر في الطريق الضيق ممنوع مطلقاً من غير فرق بين ما إذا كان لمصلحة المسلمين أو لمصلحة نفسه . لكن ما الحكم فيما إذا حفر بئراً في الطريق العام لمصلحة نفسه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

(١) السرخسي، المبسوط ١٨/٢٧، ابن قدامة، المغني ٨٩/١٢ .

فالحنفية^(١) اعتبروا أمر السلطان هو الأساس في حفر البئر، فإن حصل أمر السلطان فلا ضمان وإلا ضمن، ولم يقيدوه بما إذا فعله لمصلحة نفسه أو لمصلحة المسلمين، ولذلك نص الحصكفي^(٢) على أن الضمان ينتفي بأمرين : بإذن الإمام، أو بتعمد المرور (أي أن يتعمد إنسان المرور فوق البئر فيسقط فيها فلا ضمان على الحافر) .

وأما المالكية^(٣) فإنهم نظروا إلى الضرر والقصد، ولم ينظروا إلى مصلحة نفسه أو غيرها بالنسبة للطريق .

وأما الشافعية^(٤) فنظروا إلى سعة الطريق وضيقة وإذن الإمام .

قال النووي : ويضمن بحفر بئر عدواناً لا في ملكه وموات .

قال ابن حجر : بأن كانت بملك غيره بغير إذنه، أو بشارع ضيق أو واسع لمصلحة نفسه بغير إذن الإمام . ا . هـ فبين أن إذن الإمام شرط الحفر في الطريق الواسع، أما الطريق الضيق فلا

(١) المرغيناني، الهداية ٣١٢/١٠ .

(٢) الحصكفي، بدر الممتقي ٦٥٧/٢ .

(٣) الدردير، الشرح الكبير، والدسوقي، الحاشية ٢٤٤/٤، قال الدسوقي : لأنه إذا لم يقصد الضرر لا شيء عليه، قال الدسوقي : قوله أو بطريق أي مكان حفره بالطريق مضرأ بها بأن كان يضيقتها، فإن لم يضر بها فلا غرم عليه لما عطف به . ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٤٦/٢، قال أشهب : ما لم يضر البئر والمرحاض بالطريق، والبناني مع الزرقاني في شرحه لمختصر خليل ٩/٨ .

(٤) المنهاج للنووي، ابن حجر، التحفة ٧/٩ .

يصح، وضمن إذا حفر البئر بها ولو أذن الإمام، وكذا يضمن ولو كان لمصلحة المسلمين .

وقال الحنابلة : إن حفرها لمصلحة نفسه ضمن ما تلف به، سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه .

الأدلة :

استدلَّ الحنفية على اشتراط أمر الإمام لنفي الضمان فقالوا : لأنه إذا أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ؛ لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة، وإن كان بغير أمره فهو متعد بالتصرف في حق غيره، أو بالافتيات على الإمام، أو هو مباح مقيد بشرط السلامة .

أما المالكية فدليلهم واضح ؛ لأنهم إن اشترطوا عدم الضرر فلحديث : « لا ضرر ولا ضرار »، ولقاعدة الضرر يزال، وإن اشترطوا عدم قصد الضرر فهذا واضح أيضاً ؛ لأنه لا يجوز لإنسان أن يفعل فعلاً يقصد به الضرر بالآخرين للحديث أيضاً .

وأما الشافعية فدليلهم على اشتراط السعة والضيق واضح، فحكموا بعدم الضمان في الحفر في طريق واسع إذا كان بإذن الإمام ؛ لأنَّ للإمام أن يأذن بالانتفاع بما لا ضرر فيه، و حكموا بالضمان بالحفر في الطريق الضيقة، لأنَّ هذا يضرُّ بمرور الناس فيها ولا مصلحة لهم فيه إنما المصلحة للحافر فقط، ولم يلتفتوا هنا إلى إذن الإمام، بل الضمان واجب أذن الإمام أم لا ؛ لأنَّ هذا الحفر فيه ضرر فلا يفيد فيه الإذن، ولما كانت الطريق واسعة لا

يضرُّ الحفر فيها أبا حوه بشرط إذن الإمام .

وأما الحنابلة^(١) فإنهم نظروا إلى تعلق المصلحة، فإن كانت المصلحة للمسلمين فلا ضمان، وإن كانت لمصلحة الفرد ضمن ولم ينظروا إلى إذن الإمام وجوداً ولا عدماً، بشرط أن لا يكون في الحفر ضرر .

قال ابن قدامة : وإن حفر في طريق واسع في موضع لا ضرر فيه، نظرنا، فإن حفرها لنفسه ضمن بالتلف فيه سواء حفرها بإذن الإمام أو بغير إذنه .

الترجيح :

والذي أراه راجحاً من هذه المذاهب المختلفة، مبنيٌّ على ما يلي :

أن رأي الحنفية جيد في اعتماد إذن الإمام؛ لأنَّ الطريق مصلحة للمسلمين فلا بدَّ من رأي من له الولاية عليهم وهو الإمام، وتقييد الشافعية بإذن الإمام بما إذا كان الطريق واسعاً ليس بضيق تقييد جيد، فإذا أضفنا إلى ذلك تقييد المالكية بعدم الضرر أصبح الرأي الراجح واضحاً، وهو أنَّ الإنسان إن حفر بئراً في الطريق الواسع بإذن الإمام ولا ضرر فيه على أحد فلا يضمن، فإذا فقد شيء من ذلك ضمن، ولذا فيضمن الحافر في الطريق الواسع إذا كان الحفر لمصلحة نفسه ولم يأذن له الإمام، أو أحدث ضرراً، أو أحدث ضيقاً في الطريق، والله أعلم .

(١) ابن قدامة ٩٠/١٢ . وانظر فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٣٩٩ - ٤٠٠ .

إذن الإمام بعد الحفر :

(١٥) (فرع) بحث الشافعية^(١) ما إذا حفر شخص بئراً في الطريق الواسع ولم يكن في حفره ضرر ولا فيه تضيق للطريق، ولكن حفره بدون إذن الإمام، ثم قال الشافعية : إذا أقرَّ الإمام حفر هذه البئر بعد حفرها فتقريره هذا صحيح يرفع الضمان عن الحافر كتقرير المالك السابق، أي إذا حفر بئراً في ملك غيره ثم أقرَّه المالك .

(قلت) وهذا صحيح - والله أعلم - لما عللوا به .

(١٦) حفر البئر في الطريق وقصد الضرر :

اهتمَّ بذلك المالكية^(٢) وجعلوا حفر البئر في الطريق سبباً من أسباب القتل بنوعيه العمد والخطأ حسب القصد .

قال الدسوقي : وقد علم من كلامه أن القصاص في صورة واحدة وهي ما إذا قصد الضرر بشخص معين وهلك ذلك المعين .
وأن الدية في صورتين : أن يقصد ضرر معين فيهلك غيره، وأن يقصد ضرر غير معين كائناً من كان من آدمي محترم أو دابة .

وكان قد قال : والحاصل أن القود في المسائل الأربعة المذكورة - البئر والمزلق والدابة والكلب - مقيد بثلاثة قيود : أن يقصد الفاعل بفعله الضرر، وأن يكون من قصد ضرره معيناً، وأن

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٣٥٥/٧ .

(٢) الدردير، الشرح الكبير والدسوقي، الحاشية ٢٤٤/٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٤٦/٢ .

يهلك المعين .

(١٧) الطريق المشترك :

وإن حفر شخص بئراً في طريق مشترك بين جماعة وهو الطريق غير النافذ، فإن حفر بإذنهم فلا يضمن، وإن كان بدون إذنهم ضمن؛ لأنه سبب متعدد، ولأنَّ المشترك ليس ملكاً خاصاً به حتى يستقل بأمره .

صرح بذلك الحنفية^(١) رحمهم الله في البئر، وعمّم شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) رحمه الله فقال : ليس للجار أن يحدث في الطريق المشترك - الذي لا ينفذ - شيئاً بغير إذن رفيقه ولا شركائه، ولا أن يحدث في ملكه ما يضرُّ بجاره، وإذا فعل ذلك فللشريك إزالة ضرره . (قلت) هذا هو الصحيح لما علّلوا به .

(١٨) البئر في المسجد :

إذا حفر بئراً في المسجد لأجل الماء فعطب به إنسان نظرنا . فإن كان الحافر أو الباني من أهل المسجد، فلا ضمان عليه . وإن كان من غير أهل المسجد، فإن فعل ذلك بإذن أهل المسجد، فكذلك لا ضمان، وإن فعل بغير إذنهم يضمن بالإجماع؛ لأنَّ تدبير مصالح المسجد إلى أهل المسجد، فما فعلوه لا يكون مضموناً عليهم، كالأب والوصي إذا فعل شيئاً من ذلك في دار اليتيم .

(١) المرغيناني، الهداية ٣١٤/١٠، ابن عابدين، رد المحتار ٣٨١/٥ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٨/٣٠ .

وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد
بغير إذن أهل المسجد، فإن فعل بغير إذنهم كان متعدياً فيضمن .
قال ذلك الحنفية^(١).

ونقل عن أحمد كراهة الصلاة في المسجد إذا بني في
الطريق، إلا بإذن الإمام، ونقل المروزي أنها تهدم، وسأله
الكحال : يزيد في المسجد من الطريق ؟ قال : لا يصلى فيه^(٢).

(قلت) إن كان المسجد تابعاً لجهة عامة كالأوقاف، فلا بدّ
من الإذن، وإلا فإذن أهل المسجد .

(١٩) حفر للمصلحة في المسجد :

قال الشافعية^(٣) : وكالمسجد الطريق فلو حفر به بئراً أو بناءً
في الشارع أو وضع سقاية على باب داره لم يضمن الهالك بها -
وإن لم يأذن الإمام - إن لم يضر بالناس .

ويجب أن يكون فيما لو حفر لمصلحة المسجد أو لمصلحة
المسلمين أو المصلين، كما اقتضاه كلام البغوي والمتولي
وغيرهما .

(قلت) وهو الصحيح ؛ للمصلحة ولعدم الضرر . فكله
نفع .

(١) الكاساني، البدائع ٢٧٩/٧ .

(٢) المرداوي، الإنصاف ٢٢٧/٦ .

(٣) الرملي، نهاية المحتاج ٣٥٥/٧ .

(٢٠) دخل الدار بإذن المالك فسقط في البئر ومات :

إن أذن له المالك بدخول الدار فدخل بإذنه وسقط في البئر فيجب الضمان ولا ينتفي إلا بشروط ذكرها الشافعية والحنابلة^(١).

قال الشافعية : ولو حفر بدهليزه^(٢) بئراً، ودعا رجلاً إلى الدهليز أو إلى بيته، ولم يعلمه بها - وأنَّ الغالب أنه يمرُّ عليها - فأجابه فسقط فيها جاهلاً لنحو ظلمة كتغطية أو كان أعمى فمات فالأظهر ضمانه؛ لأنه غرّه، ولم يقصد هو هلاك نفسه، فإحالة الموت على السبب الظاهر أولى .

والقول الثاني : لا يضمنه؛ لأنه غير ملجئ فهو المباشر لإهلاك نفسه باختياره .

وقال ابن قدامة : وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة، والداخل بصير يبصرها فلا ضمان؛ لأنَّ الواقع هو الذي أوقع نفسه، فأشبهه ما لو قدَّم إليه سكيناً فقتل نفسه بها .

وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها، فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه .

وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك، وهو

(١) ابن حجر، تحفة المحتاج ٩/٩، الشرييني، المغني ٨٣/٤، ابن قدامة، المغني ٩٤/١ .

(٢) الدهليز : المدخل بين الباب والدار جمعه دهاليز . الوسيط ٣٠٠/١، مادة دهل .

أحد الوجهين للشافعي . وفي الآخر لا يضمنه ؛ لأنه هلك بفعل نفسه ولم يلجئه المالك .

وقال الحنابلة بالضمان ؛ لأنَّ الهالك دخل بإذن المالك ، والمالك غره بعدم إعلامه بالبئر ، فكان التلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله .

الترجيح :

والراجع قول الحنابلة ومن وافقهم وقول الشافعية الأظهر ، وهو أنَّ المالك إذا أذن لشخص بدخول الدار ، وكان في الدار أو في الدهليز بئر فلا بدَّ من إعلام الداخل بها ، خاصة إذا كان لا بدَّ أن يمر عليها وكان الوقوع بها مهلكاً ، أو كان الظلام دامساً لا يرى الإنسان فيه ما أمامه ، أو كان الداخل أعمى ، أو كانت البئر مغطاة بغطاء لا يمنع المارَّ عليه من السقوط ، فإن لم يعلمه بها فهو ضامن لما يحدث من ضرر أو تلف بسبب السقوط في البئر .

نعم إن كان الداخل بصيراً والبئر بينة مكشوفة فلا ضمان على المالك . هذا إذا أذن أو دعا المالك رجلاً بالغاً عاقلاً ، فلو دعا صبيّاً غير مميز ضمنه قطعاً .

حفر البئر في الملك والدخول بدون إذن المالك :

لا يخلو الملك إما أن يكون للحافر نفسه أو لغيره .

فإن حفر بئراً في ملك نفسه كالدار فسقط فيها إنسان فهلك : فإما أن يكون دخوله الدار بإذن المالك أو لا . فإن كان دخوله بإذن المالك فتقدّم في المسألة السابقة .

(٢١) وإن دخل الدار بغير إذن المالك وسقط في البئر ومات فقد اتفق الفقهاء على أن حافر البئر لا شيء عليه لعدم تعديّه .

قال الكاساني في البدائع^(١) : وإن كان (أي الحفر) في ملك نفسه ، لا ضمان عليه ؛ لأنّ الحفر مباح مطلق له ، فلم يكن متعدياً في التسبّب .

وقال مالك في المدونة^(٢) : من حفر بئراً أو سرباً للماء مما مثله يعمل الرجل في داره أو أرضه ، فسقط فيه إنسان ، قال : لا ضمان عليه . ا . هـ . وقيدته في تبصرة الحكام بأن لا يقصد بها ضرر أحد . ا . هـ .

وقال ابن حجر والشربيني : ولا يضمن بحفر بئر في ملكه وما استحق منفعته بوقف أو وصية ... إلخ .

وقال الشربيني أيضاً : ولو تعدّى الداخل بدخوله فوقع فيها لم يضمنه الحافر ، كما رجحه البلقيني^(٣) وغيره لتعديده .

(١) الكاساني ، البدائع ٢٧٧/٧ ، المرغيناني ، الهداية ٣١٢/١٠ ، الحصكفي ، البدر ، داماد ، البحر ٦٥٢/٢ .

(٢) ابن القاسم ، المدونة ٥١٠/٤ - ٥١١ ، تبصرة الحكام ٣٤٦/٢ ، ابن عبد البر ، الكافي ٤١٠/٢ ، زروق ، شرحه على متن الرسالة ٢٤٤/٢ ، الدردير ، الشرح الكبير ٢٤٤/٢ .

(٣) البلقيني (٧٢٤ - ٨٠٥ هـ) عمر بن رسلان بن نصير الكناني الشافعي ، الإمام العلامة الحافظ الفقيه ذو الفنون المجتهد سراج الدين ، أبو حفص ، انتهت إليه رئاسة المذهب والإفتاء ، وولي قضاء الشام . السيوطي ، طبقات =

قال ابن قدامة^(١): وإن حفر في ملكه بئراً، فهلك بها إنسان وكان الداخل دخل بغير إذنه، فلا ضمان على الحافر؛ لأنه لا عدوان منه .

الترجيح :

الراجح أنه لا ضمان على المالك إذا كان الحفر في ملكه ودخل الداخل بدون إذن منه؛ لأنَّ الداخل متعدي لدخوله بدون إذن، والمالك غير متعدي .

(٢٢) دفاع المالك عن الحافر تعدياً :

إذا حفر إنسان بئراً متعدياً - أي في غير ملكه أو بدون إذن - وسقط بها إنسان وهلك، فطلب ورثة الساقط تضمين الحافر؛ لأنه حفر البئر متعدياً، فقال المالك - مدافعاً عن الحافر - : أنا أمرته بالحفر، وأنكر أولياء الميت أنه أمره بالحفر، فما الحكم ؟
هنا اختلف الحنفية والشافعية الذين ذكروا المسألة على قولين :

قال الحنفية^(٢): في المسألة قياس واستحسان .
أما القياس فإنه لا يصدق صاحب الدار . وذلك لأنَّ الحفر

= الحفاظ ص ٥٤٢ - ٥٤٣ ت ١١٧٤ .

(١) ابن قدامة، المغني ٩٣/١٢ - ٩٤، البهوتي، الكشف ١٣٥/٤، البهوتي، شرح الروض على حاشية ابن القاسم ٢٣٠/٧، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤٢٧/٢ .

(٢) الكاساني، البدائع ٢٧٧/٧ .

وقع موجباً للضمان - ظاهراً - لأنه صادف ملك الغير وأنه محظور فكان متعدياً في الحفر من حيث الظاهر، فصاحب الدار بالتصديق يريد إبراء الجاني عن الضمان فلا يصدق .

وأما الاستحسان، فإن قول صاحب الدار : أمرته بذلك إقرار منه بما يملك إنشاء للحال، وهو الأمر بالحفر فيصدق .
وقال الشافعية^(١) : إذا قال الحافر : حفرت بإذن المالك، وصدّقه المالك نظرنا :

فإن كان تصديق المالك للحافر قبل^(٢) سقوط الهالك فيها، فيسقط الضمان؛ لأنه إن كان كلامه صحيحاً وأذن له قبل السقوط فظاهر، وإن لم يكن صادقاً في قوله : أذنت له، عدّ هذا إذناً له، فإذا وقع التردّي بعده كان بعد سقوط الضمان عن الحافر بتقدير أن حفره بلا إذن .

وأما إذا كان تصديق المالك للحافر بعد تردّي الهالك، فلا يفيد التصديق المجرد بل لا بدّ من بينة، قالوا : ولعلّ وجهه، أنّ الحفر في ملك الغير الأصل فيه التعدّي، وهو يقتضي ضمان الحافر، فقول المالك : كنت أذنت له يسقطه، وإسقاط الحق بإخبار واحد غير صحيح، ولا نظر إلى أن الأصل عدم الضمان وبراءة الذمة .

(١) ابن حجر، التحفة ٧/٩، العبادي، الحاشية ٨/٩، الرملي، نهاية المحتاج ٣٥٢/٧، الشربيني، مغني المحتاج ٨٣/٤ .

(٢) هذا بيان للتفصيل وإلا فإنه قبل السقوط ليس هناك منازعة ولا مخاصمة .

والراجع : أن المالك لا يصدق بنفي الضمان عن الحافر إلا ببينة تبين أن المالك أذن له في الحفر قبل تردّي الساقط فيها، وهو رأي الحنفية قياساً ورأي الشافعية . وسيأتي ما إذا أبرأه المالك من الضمان .

(٢٣) حفر في فناء الدار :

إذا حفر بئراً في فناء داره (وهو ما كان خارج داره قريباً منه)^(١) نظرنا : فإن كان الفناء ملكه فله الحفر فيه ولا ضمان عليه فيما يهلك به ؛ لأن للإنسان أن يحفر في ملكه، وكذا لو بنى دكة أو وضع عموداً . ذكر ذلك الأئمة الثلاثة^(٢) .

وإن لم يكن الفناء ملكاً للحافر بأن كان طريقاً أو ملكاً للغير ؟ قال المالكية والحنابلة : يضمن لتعديه . واختلف

(١) البهوتي، شرح المنتهى ٢/٤٢٧، البهوتي، الكشف ٤/١٣٤ . (قلت) وهو مخالف للدهليز ؛ لأن الدهليز هو المدخل بين الباب والدار، وجمعه دهاليز فهو من البيت وليس خارج البيت . إذن الفناء خارج البيت، والدهليز داخله . انظر للدهليز الوسيط ١/٣٦، مادة (دهل) .

(٢) تبين الحقائق ٦/١٤٥، قاضي خان، الفتاوى ٢/٤٠٠، فتاوى البزازية ٦/٤٢، ٤٥ . الكاساني، البدائع ٧/٢٧٧، المرغيناني، الهداية، بابرتي، العناية ١٠/٣١٤، داماد، البحر ٢/٦٥٢، ابن عبد البر، الكافي ٢/٤١٠ لم يحدد أن يكون ملكه أم لا، وإنما قال : ومن أحدث في فئائه بئراً أو مرحاضاً مما له أن يحدثه فعطب به أحد فلا ضمان عليه، ومن فعل في ذلك مما ليس له فعله فهو ضامن ما عطب به . ١. هـ البهوتي، شرح المنتهى ٢/٤٢٧، البهوتي، الكشف ٤/١٣٤، الروض ٧/٢٣٠ (قلت) ما ذكره الحنابلة على أنه مضمون عليه، أي إذا كان الفناء ليس ملكاً له .

الأحناف في هذه المسألة :

قال المرغيناني في الهداية : (وكذا - لا يضمن - إذا حفره في فناء داره) لأنَّ له ذلك، لمصلحة داره، والفناء في تصرفه، وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان له حق الحفر فيه؛ لأنه غير متعد .

أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً - بأن كان في سكة غير نافذة - فإنه يضمنه، لأنه سبب متعد .

قال المرغيناني : وهو صحيح . وأكد كلام المرغيناني هذا الشيخ بابرتي^(١) في شرحه العناية على الهداية فقال :

قوله : وكذلك إذا حفره في فناء داره : يعني وإن لم يكن الفناء ملكه، وقيل : جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان له حق الحفر بأن لا يضر لأحد، أو أذن له الإمام، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن . ا . هـ .

واقصر الكاساني في البدائع على ذكر الضمان فقط، ولعلَّ ذلك لأنه يرى أن الفناء لا يكون ملكاً لصاحب الدار غالباً؛ وذلك لأنه ذكر الفناء بعد الملك فقال :

وإن كان في ملك نفسه لا ضمان عليه . . . وإن كان في

(١) البابرتي (٧١٠ - ٧٨٦هـ) محمد بن محمد بن محمود بن أحمد البابرتي الرومي الحنفي أكمل الدين، فقيه أصولي فرضي متكلم مفسر محدث نحوي كان معظماً محترماً . ابن العماد، شذرات الذهب ٢٩٣/٦ - ٢٩٤ .

فناؤه يضمن، لأنَّ الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق . ١ . هـ .

وأما المالكية : فإنهم قصرُوا الأمر على قاعدة، وهي أنَّ الإنسان إذا كان له أن يفعل ذلك الفعل فلا ضمان وإلا ضمن، ومعلوم أن القاعدة عندهم : أن من عمل أي عمل في ملك غيره بغير إذنه فهو ضامن لما يتلف به^(١).

وصرَّح الحنابلة بأن الفناء لا يكون مملوكاً لصاحب الدار وإنما هو من مرافقهم، ذكر ذلك البهوتي في الكشف . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : هل الفناء ملك لصاحب الدار أو حق من حقوقها ؟ فيه وجهان في مذهب أحمد :

(أحدهما) أنه مملوك لصاحبها، وهو مذهب مالك والشافعي، حتى قال مالك في الأفنية التي في الطريق يكرها أهلها، فقال : إن كانت ضيقة تضر بالمسلمين وصنع شيء فيها منعوا، ولم يمكنوا، وأما كل فناء إذا انتفع به أهله لم يضيق على المسلمين في ممرهم فلا أرى به بأساً .

ثم نقل الشيخ عن الطحاوي ما يؤيد أن مالكا والشافعي يريان أن الفناء ملك لصاحب الدار، وأن أبا حنيفة يرى أن الأفنية ملك لجماعة المسلمين غير مملوكة كسائر الطريق . وقال الشيخ : والذي ذكره القاضي وابن عقيل وغيرهما عن أصحاب

(١) ابن القاسم، المدونة ٥٠٦/٤ ذكر حفر البئر في ملك الغير بغير إذن وأنه يضمن .

أحمد هو الوجه الثاني، وهو أن الأرض تملك دون الطريق^(١)، إلا أن صاحب الأرض أحق بالمرافق من غيره، ولذلك فهو أحق بفناء الدار من غيره، ثم ذكر الشيخ أن أبا بكر اتخذ مسجداً بفناء داره، وجعل عمر البطحاء خارج المسجد لمن يتحدث ويفعل ما يصاب عنه المسجد، فمثل هذه - أي الأفنية - يجوز البناء فيها بطريق الأولى...^(٢).

وذكر في الإنصاف^(٣) أن من حفر بئراً في فنائه لنفسه ضمن ما تلف بها وقال : هذا المذهب بلا ريب نصٌّ عليه، وعليه الأصحاب، وجوز بعضهم بإذن الإمام ذكره القاضي ونقله الشيخ تقي الدين رحمه الله من خطه، وفي الأحكام السلطانية^(٤) : له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر . ا . هـ بتصرف .

الترجيح :

الذي أراه راجحاً هو أن الفناء إذا كان ملكاً له فله أن يحفر

(١) قلت : لعل الصواب لا تملك كالطريق، بدليل قوله الآتي : (إلا أن صاحب الأرض أحق بالمرافق) إذ لو ملكت الأرض فهو أحق بها ويملك ما ينتج فيها .

(٢) ابن تيمية، الفتاوى ٤٠٧/٣٠ .

(٣) المرداوي، الإنصاف ٢٢٥/٦، ٣٢/١٠، ٣٣ .

(٤) أبو يعلى - الأحكام السلطانية ص ٢٢٥ فيمن حفر بئراً في فنائه فعطب رجل - يعني بها - ولزمه، وفي ص ٣٠٧ في الرجل يحفر في فنائه البئر . قال أحمد : لا، هذا طريق المسلمين . ا . هـ بتصرف . وانظر فتاوى ابن تيمية ٤٠٢/٣٠ .

به بئراً؛ لأنَّ للإنسان أن يتصرف بملك نفسه كما يشاء من دون ضمان عليه، وأما إذا لم يكن الفناء له وقد كان للعمامة فهو كمن حفر بئراً لمصلحة المسلمين في طريق واسع لا يضرُّ أحداً وأذن به الإمام فلا يضمن، وإلا ضمن، فإذا كان لمصلحة نفسه أو كان في ملك رجل بعينه بدون إذنه أو كان الطريق ضيقاً فيضمن ولو أذن الإمام بذلك . والله أعلم .

(٢٤) استأجر حافراً ليحفر في فناء داره :

إذا استأجر أجيراً ليحفر له بئراً في الطريق، فحفر، فوقع فيها إنسان فمات، نظرنا :

إن كان البئر في فناء المستأجر وقد علم الحافر أن هذا فناء المستأجر وليس ملكه فالضمان على الحافر^(١)، وإن لم يعلم الحافر أن هذا ليس ملكاً للأمر بل اعتقد أنه ملكه لأنه في فناء داره فلا ضمان على الأجير، والضمان على المالك الذي أمره بالحفر؛ لأن للمالك ولاية الانتفاع بفنائه إذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما - أي صاحبين أبي يوسف ومحمد - مطلقاً وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله إذا لم يمنع منه مانع^(٢)، فانصرف مطلق الأمر بالحفر إليه، فإذا حفر في فنائه انتقل فعل

(١) (قلت) هذا على قاعدة يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر إلا في

الإكراه، مجلة الأحكام العدلية م ٨٩، ٨٠/١

(٢) على أصلهما أي أن الحفر جائز بفنائه بشرط السلامة، وعلى أصله إذا لم يمنع مانع كأن يضيق الطريق أو يضر المارة، والله أعلم .

المأمور إليه، كأنه حفر بنفسه فوقه فيها إنسان ١.١. هـ. بهذا قال الحنفية والحنابلة^(١).

(٢٥) أعلم الحافر أنه ليس فناءه :

وإن لم يكن حفر البئر في فناءه، فإن أعلم المستأجر الأجير أن ذلك ليس من فناءه فالضمان على الأجير لا على الأمر؛ لأن الأجير لم يحفر بأمر، فبقي فعله مقصوراً عليه، كأنه ابتداء الحفر من نفسه من غير أمر .

وإن لم يعلمه فالضمان على الأمر، لأنه غرَّ المستأجر بالأمر بالحفر في الطريق (ولأن الأمر)^(٢) إنما يأمر (بالحفر) بما يملكه مطلقاً عادة، فيلزمه ضمان الغرور^(٣) . ١ . هـ .
(قلت) هو الصحيح؛ لما عللوا به .

(٢٦) أعلمه أن ليس له الحفر :

وإن قال المستأجر : هو فنائي، وليس لي فيه حق الحفر فالضمان على الأجير قياساً لعلمه بفساد الأمر فلم يوجد الغرور، وعلى المستأجر استحساناً، لأنَّ كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف : من إلقاء الطين والحطب وربط

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٢٧٧، ابن قدامة، المغني ١٢/ ٩٣، البهوتي، كشف القناع ٤/ ١٣٤، البهوتي، شرح المنتهى ٢/ ٤٢٧، المرداوي، الإنصاف ٦/ ٢٢٥ .

(٢) في البدائع خطأ مطبعي وما بين القوسين من زيادتي لينسجم الكلام .

(٣) المراجع السابقة، وانظر داماد في مجمع الأنهر ٢/ ٦٥٦ .

الدابة والركوب وبناء الدكان، فكان أمراً بالحفر في ملكه ظاهراً، بالنظر إلى ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل إليه .

قال شيخ الإسلام : إذا كان الطريق معروفاً أنه للعمامة، ضمن سواء قال له إنه لي أو لم يقل نعلمه بفساد أمره . ا . هـ^(١)
ذكر ذلك الحنفية ومع أنهم يرجحون الاستحسان على القياس دائماً إلا أنهم رجحوا القياس على الاستحسان في هذه المسألة^(٢).

(قلت) وهو الصحيح ؛ لما عللوا به ، وهو قوله : ليس لي الحفر .

(٢٧) الأجرة وعدمها :

ولا فرق بين أن يكون المأمور حفر بأجر أو بدون أجر^(٣).

(٢٨) نصف في الملك ونصف في الفناء :

إذا حفر نصف بئر في ملكه ، ونصفها الآخر في فئائه ضمن ما تلف بها ؛ لأنه تلف حصل بسبب تعديه ، إذ الأفنية ليست

(١) داماد، المجمع ٦٥٦/٢ - ٦٥٧، وشيخ الإسلام لعله شارح الملتقى أيضاً محمد بن محمد البهنسي المتوفى سنة ٩٨٧هـ . انظر الحصكفي، البدر المنتقى شرح الملتقى ص ٥، كشف الظنون ص ١٨١٤ .

(٢) المرغيناني، الهداية ٣١٥/١٠، ذكر الأجراء، وانظر ٣١٤/١٠، الحصكفي، البدر ٦٥٦/٢ مع المجمع، وذكر أن هناك خمسة وثلاثين مسألة يؤخذ بها القياس دون الاستحسان .

(٣) البهوتي، شرح المنتهى ٤٢٨/٢ . المرداوي، الإنصاف ٢٢٥/٦ .

بملك ملاك الدور وإنما هي من مرافقهم . بذلك قال الحنابلة^(١) .
 (قلت) وهو الصحيح ، لأنه تعدى بالحفر أو البناء في غير ملكه ، وكذا لو بنى دكة نصفها في ملكه ونصفها في الفناء .

(٢٩) ضمان موضع التعدي :

إذا حفر حفرة واسعة في ملكه قريباً من أرض جاره بحيث يؤدي إلى إضرار أرض جاره فإنه يكون متعدياً ضامناً لمن وقع في موضع التعدي ، كما قاله البلقيني^(٢) .

(قلت) هو الصحيح ؛ لأن التعدي سبب للضمان .

(٣٠) حفر في ملك الغير :

فإن حفر في ملك الغير ، فإن أذن له المالك فلا ضمان ؛ للإذن ولعدم التعدي ، وإن لم يأذن فقد اتفق الفقهاء^(٣) على أن من حفر بئراً في ملك غيره بدون إذنه أنه ضامن لما يتلف به . ويسمى هذا الهلاك بالتسبب . قال ابن قدامة في المغني : ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة ، ثم ذكر حفر البئر في غير ملك الحافر ، وفي الطريق ... إلخ .

(١) البهوتي ، الكشف ١٣٤/٤ .

(٢) الرملي ، نهاية المحتاج ٣٥٣/٧ ، الشرييني ، المغني ٨٣/٤ .

(٣) الكاساني ، البدائع ٢٧٧/٧ ، ابن القاسم ، المدونة ٥٠٦/٤ ، ابن فرحون ،

تبصرة الحكام ٣٤٦/٢ ، الشرييني ، مغني المحتاج ٨٤/٤ ، ابن قدامة ،

المغني ٨٨/١٢ ، البهوتي ، شرح المنتهى ٤٢٨/٢ .

وقال السرخسي^(١) في المبسوط : فأما ما ليس بعمدٍ ولا خطأً، ولا أُجْرِيّ مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضع الحجر في الطريق فليس بمباشر للقتل؛ لأن مباشرة القتل بإيصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض، فعرفنا أنه ليس بقاتل عمدٍ ولا شبهة عمدٍ ولا خطأً، ولا ما أُجْرِيّ مجرى الخطأ بل هو بسبب متعدد، فنوجب الدية على عاقلته للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر . ١ . هـ

(٣١) حفر متعدياً فدخل آخر متعدياً :

إذا حفر إنسان بئراً في غير ملكه وبدون إذن المالك فدخل الدار التي فيها البئر رجل بدون إذن من صاحبها وهلك فعلى من الضمان ؟

هنا عندنا معتديان : أحدهما الحافر الذي حفر بدون إذن، والمعتدي الثاني هو الداخل إلى الدار بدون إذن من صاحبها .
ذكر الشافعية في هذه المسألة وجهين : أحدهما الضمان على الداخل الذي دخل الدار بدون إذن لتعديه، والثاني :

(١) السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر السرخسي (شمس الأئمة)، كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً أوحّد زمانه، أملى المبسوط في السجن في الجب من حفظه . اللكنوي الهندي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٥٨ - ١٥٩، البغدادى، هدية العارفين ٧٦/٢ . وانظر للمسألة : المبسوط ٦٨/٢٦، ٢٢/٢٧ ذكر الحفر في ملك الغير .

الضمان على الحافر الذي حفر البئر في ملك غيره بدون إذن المالك لتعديده .

وقد صحَّح البلقيني أن الضمان على الأول^(١) .

(قلت) هو الصحيح ؛ لأن (الحكم يضاف إلى آخر أسبابه)^(٢) ، وآخرها هو دخول الداخل المعتدي بدخوله .

وأيضاً فيعتبر الداخل مباشراً والحافر متسبباً والفعل يضاف إلى المباشر لا إلى المتسبب .

(٣٢) ضمان الداعي للدخول والحافر عدواناً :

لو حفر شخص البئر عدواناً في ملك غيره فدعا المالك شخصاً لدخول داره فدخلها وسقط فيها وهلك فعلى من الضمان ؟ هل هو على المالك أو على الحافر ؟

قال الشافعية^(٣) وجهان : صحَّح منهما البلقيني الأول - الضمان على المالك - لأنه المقصّر بعدم إعلامه ، ومن ثم لو نسي كان على الحافر .

(قلت) الذي أراه راجحاً هو أن الضمان على المالك ؛ لأنه

(١) ابن حجر، تحفة المحتاج ٩/٩ وقد ذكر ابن حجر أن الضمان على الثاني أيضاً وهو الحافر، لكن العبادي في حاشيته على التحفة قال : الأوجه على الأول، ثم نقل عن شرح الروض ما يؤيده، وانظر حاشية العبادي ٩/٩، ٧/٩، صرح هنا أن البلقيني وغيره صححا عدم ضمان الحافر .

(٢) الحصكفي، الدر المختار ٣٤١/٥ .

(٣) ابن حجر، التحفة، والعبادي، الحاشية ٩/٩، وانظر العبادي ٧/٩ .

هو الذي دعا ذلك الشخص للدخول، ونسيانه إذا كان يعفيه من الإثم فلا يعفيه من الضمان، نعم لو كان لا يعلم بحفر البئر فالضمان على الحافر . والله أعلم .

(٣٣) متى يبرأ من الضمان ؟

إذا حفر شخص بئراً في ملك غيره - متعدياً - بغير إذن المالك، فعليه الضمان لا يبرأ منه إلا إذا علم المالك ورضي ببقائها، أو علم بها فمنع الحافر من طمّها، أو أنّ الحافر ملك البقعة التي حفر بها، وذلك لأنّ من شروط الضمان استمرار العدوان إلى أن يسقط بها إنسان، وقد زال العدوان، ذكر ذلك الشافعية^(١).

(قلت) وهو صحيح إن شاء الله تعالى؛ لما عللوا به .

(٣٤) أبرأه المالك من الضمان :

فإن حفر إنسان بئراً في ملك الغير أو وضع ما يتعلق به الضمان، فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ؟

قال الحنابلة^(٢) : فيها وجهان : أحدهما : يبرأ؛ لأن المالك لو أذن له فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به، فإذا أبرأه من الضمان، وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر .

والآخر : لا ينتفي عنه الضمان، لأنه - التعدي - سبب

(١) الرملي، النهاية ٣٥٢/٧، وقال الشربيني في مغني المحتاج ٨٣/٤ : زال الضمان في الأصح .

(٢) ابن قدامة، المغني ٩٢/١٢ - ٩٣ .

موجب للضمان، فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب، ولأنَّ حصول الضمان به لكونه تعدَّى بحفره، والإبراء لا يزيل ذلك؛ لأنَّ ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها؛ ولأنَّ وجوب الضمان ليس يحقُّ للمالك الإبراء منه كما لو أبرأه غير المالك؛ ولأنَّه إبراء مما لم يجب، فلم يصح، كالإبراء من الشفعة قبل البيع . ١ . هـ

والراجع : هو الأول؛ ذلك لأننا عرفنا أن المالك لو علم بالتعدي بالحفر ورضي ببقاء البئر أو منع الحافر المتعدي من طمها زال الضمان، ولأنَّ هذا الإبراء حاصل قبل حصول السقوط في البئر فكأنه أذن له بالحفر أو أذن بالإبقاء فلا يضمن . والله أعلم . وقد علمت رأي الشافعية في المسألة آنفاً .

(٣٥) حفر في ملك مشترك :

إذا حفر إنسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين شريكه بدون إذن شريكه فهلك به إنسان ضمن الحافر فقط، لأنه متعد بالحفر في ملكه وفي غير ملكه من غير إذن المالك الآخر وهو الشريك . بهذا قال الحنابلة والشافعية^(١)، ونقل ابن قدامة عن أبي حنيفة أنه يضمن ما قابل حصة شريكه ولا يضمن ما قابل حصته، لأنه لم يتعدَّ في الحفر بحصته .

والراجع : إذا أردنا أن نرجح رأياً في هذه المسألة نقول :

(١) ابن حجر، التحفة، الشرواني، الحاشية ٧/٩، الشربيني، المغني ٨٤/٤، ابن قدامة، المغني ٩٢/١٢ .

الداخل في الدار إما أن يكون دخل بإذن أو بلا إذن، فإن دخل بلا إذن فلا ضمان على أحد؛ لأنه هو المتعدّي بالدخول في ملك غيره بغير إذنه، وإن دخل الساقط في البئر بإذن الشريك فيما أن يكون أعلمه بالبئر أو لا، فإن لم يعلمه وكانت مكشوفة بينه وهو مبصر فذلك لا ضمان على أحد لعدم التعدّي، وإن كانت ظلمة أو الداخل أعمى ولم يعلمه فقد غرّه بإذنه له بالدخول دون أن يبين له حالة البئر فهو ضامن بالغرور، ولا شيء على شريكه، والله أعلم .

قال ابن نجيم^(١): لو حفر بئراً في الطريق غير النافذ لا يضمن ما نقص بالحفر، ويضمن ما نقص من ذلك في الدار المشتركة؛ لأنّ لشريكه ملكاً حقيقة في الدار، حتى إنه يستطيع أن يبيع نصيبه ويقسمه ١٠.١. هـ بهذا قال الحنفية .

(٣٦) مات بسبب السقوط في البئر أو جوعاً وغماً :

إذا حفر بئراً في الطريق - وكان متعدّياً - ومات فيه إنسان بسبب السقوط فيه فقد اتفق الفقهاء على أن الحافر ضامن ما هلك بسبب حفره^(٢)، فإن لم يمت الواقع بسبب السقوط، وإنما مات

(١) البحر الرائق ٨ / ٣٥٠ .

(٢) المرغيناني، الهداية ٣١٢ / ١٠، الكاساني، البدائع ٧ / ٢٧٤، الحصكفي وداماد ٢ / ٦٥٢، ابن جزي، القوانين الفقهية ص ٢١٨، الخرشي شرح مختصر خليل ٨ / ٨ ابن فرحون، التبصرة ٢ / ٣٤٦، عlish، فتح العلي المالك ٢ / ٣٣٩، الزرقاني، شرح المختصر ٨ / ١٠، ابن حجر، التحفة ٧ / ٩، وانظر ٨ / ٩ ذكر ما إذا مات بسبب الحية أو سقوط الحجر أو الجوع=

بسبب الجوع أو الغم^(١)، فقد اتفق المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، على أنَّ الحافر ضامن لذلك .

وقال أبو حنيفة والشافعية : إن مات بسبب السقوط فالحافر ضامن لكل ذلك وإن مات بسبب الجوع والغم فلا ضمان على الحافر، زاد الشافعية ما لو نهشته حية أو وقع عليه حجر^(٢) .

وقال أبو يوسف : إن مات بسبب السقوط أو الغم فالضمان على الحافر، وإن مات بسبب الجوع فلا ضمان على الحافر .

الأدلة :

استدلَّ الجمهور على قولهم بأنَّ الضمان واجب على الحافر - إذا مات الواقع في البئر بسبب السقوط أو بسبب الجوع أو بسبب الغم - بأن الضمان عند الموت بسبب السقوط، إنما وجب لكون الحفر تسبباً إلى الهلاك، ومعنى التسبب موجود ههنا؛ لأن الوقوع سبب الغم والجوع؛ لأن البئر يأخذ نَفْسَهُ، وإذا طال مكثه

= والغم، الرملي، نهاية المحتاج ٣٥٣/٩، الشربيني، المغني ٨٣/٤، ابن قدامة، المغني ٨٨/١٢ . ذكر المباشرة والتسبب .

(١) الغم : الانخناق بالعفونة، قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر . ابن عابدين، الحاشية ٣٨/٥، وانظر الصحاح ٦٩٩٨/٥ (غمم) .

(٢) أقوال غير الحنفية مستخرجة على أصولهم؛ ذلك لأنهم لم يذكروا الفرق بين ما إذا مات بسبب السقوط أو بسبب الجوع أو الغم . فمثلاً عبارة النووي في المنهاج : ويضمن بحفر بئر عدواناً لا في ملكه وموات، فهذا مشعر بأن الضمان واجب مطلقاً، والله أعلم .

يلحقه الجوع، والوقوع بسبب الحفر فكان مضافاً إليه كما إذا احتسبه في موضع حتى مات .

واستدلَّ أبو حنيفة لرأيه القائل بأنَّ الحافر لا يضمن الساقط إذا مات بسبب الجوع أو الغم بما يلي :

إن الحافر للبئر لا صنع له في الغم ولا في الجوع حقيقة؛ لأنهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما أصلاً، لا مباشرة ولا تسبباً، أما المباشرة فلا شكَّ في انتفائها، وأما التسبب فلأن الحفر ليس بسبب للجوع لا شكَّ فيه؛ لأنه لا ينشأ منه بل هو بسبب آخر، والغم ليس من لوازم البئر، فإنها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف ذلك إلى الحفر .

واستدلَّ أبو يوسف على قوله بأن الساقط في البئر إذا مات بسبب السقوط أو الغم فالضمان على الحافر، وإن مات بسبب الجوع فلا ضمان على الحافر، فقال : إن الغم من آثار الوقوع فكان مضافاً إلى الحفر فأما الجوع فليس من آثار الوقوع فلا يضاف إلى الحفر^(١) .

المناقشة :

نستطيع أن نناقش قول أبي حنيفة والشافعية وأبي يوسف القائلين بأنَّ الجوع ليس من آثار الوقوع فنقول : كما قال محمد ابن الحسن : صحيح أن الجوع ليس من آثار الوقوع لكن الجوع

(١) هذه الأدلة مستقاة من كتاب الكاساني، البدائع ٢٧٤/٧ - ٢٧٥، وانظر الحصكفي، الدر المختار ٣٨١/٥، والمرغيناني، الهداية ٣١٤/١٠ .

عن طول المكث في البئر المتسبب عن الحفر الوقوع في البئر،
وحيث أن الموت جوعاً بسبب الحبس موجب للضمان مع
أن الجوع ليس من لوازم الحبس فكذا هنا، ثم لولا البئر فإن
الطعام قريب منه .

وأما قوله : ^(١) إِنَّ الْغَمَّ لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الْبُئْرِ فَإِنَّهَا قَدْ تَغَمَّ
وقد لا تغم . نقول : هذا صحيح ولكنها إذا غمت أصبحت سبباً
في الضمان وإلا فلا . فإن ضربة السيف قد تقتل وقد لا تقتل،
فإذا قتلت كانت سبباً للضمان، فكذا هنا .

وأما قوله : إن الجوع والغم يحدثان بخلق الله تعالى . فهذا
صحيح، وكل شيء بخلق الله تعالى، والله تعالى خالق لأفعال
العباد كلها ومع ذلك يؤاخذون عليها .

الترجيح :

بعد أن عرفنا الأقوال جميعها وعرفنا الأدلة والمناقشة رأينا
أن القول الأول قول مستقيم ليس فيه مطعن ولا رد عليه أحد وأن
رأي أبي حنيفة والشافعية وأبي يوسف وردت عليها ردود ردتها؛
لذا أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو القول الأول، وعلى
ذلك فإذا حفر إنسان بئراً وكان متعدياً في حفرها وسقط فيها
إنسان ومات بأي سبب من أسباب الموت فإن الحافر ضامن
لذلك .

(١) أي قول أبي حنيفة .

(٣٧) إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر^(١) :

شرح القاعدة :

المباشر : هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار .

والمتسبب : هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة، إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى هو فعل فاعل مختار .

معنى القاعدة : أنه إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد - لا يؤثر بنفسه - وسبب مباشر في إيجاد الضرر، فإن المباشر هو المسئول عن الضمان، حتى ولو كان السبب البعيد متعدياً^(٢) .

كمن حفر حفرة - متعدياً - ثم جاء آخر فدفع ثالثاً في الحفرة أو ألقى حيواناً فيها، ضمن الدافع أو الملقى؛ لأنه مباشر للتلف بالذات، أما الحافر فهو متسبب فقط^(٣) .

وكذا لو أن إنساناً حفر حفرة أو وضع خشبة في الطريق أو

(١) فهمي الحسيني، شرح المجلة ٨٠/١ المادة ٩٠ .

(٢) انظر : ابن رجب، القواعد ص ٢٧، القاعدة ٨٩، القرافي، الفروق ٢٧/٤، الضمان ص ١٨٨ .

(٣) الكاساني، البدائع ٢٧٥/٧، قال لأن الدافع قاتل مباشرة، الزحيلي، نظرية الضمان ص ١٨٩ .

وضع قنطرة على نهر - غير متعد - فتعتمد شخص الوقوع في الحفرة، بأن رام قفزها أو تعمد السير على الخشبة، أو سار على القنطرة فهلك فلا ضمان على واضع هذه الأشياء .

قال في تبين الحقائق^(١) - بعد أن ذكر وضع الخشبة في الطريق أو القنطرة بلا إذن الإمام - قال : ووضع الخشبة والقنطرة بلا إذن الإمام، وإن وُجد التعدي منه فيهما، لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة إلى الواضع؛ لأن الواضع بسببٍ والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر السبب معه ١٠ هـ.

(٣٨) المباشر ضامنٌ وإن لم يتعد أو لم يتعمد^(٢) :

أي أن من باشر الضرر ضمن، سواء كان متعدياً أم لا . فمن حفر حفرة في ملكه - غير متعد - وفيها إنسان أو حاجة ما، فسقط إنسان في هذه الحفرة فقتل الساقط الذي بداخل الحفرة أو كسر الحاجة فعليه الضمان؛ لأنه مباشر للإتلاف فهو ضامن له سواء تعمد ذلك أم لا؛ لأن دخوله في ملك غيره تعد منه .

وكذا لو أن سيارة لم يستطع صاحبها إيقافها لخلل أصابها وقتل إنساناً ضمن . ولو تدرج رجل من جبل فسقط على آخر فقتله ضمن المتدرج الدية؛ لأنه مباشر للقتل، وإن لم يتعد أو

(١) الزيلعي، تبين الحقائق ١٤٥/٦، وانظر الفتاوى البزاية ٤٠٩/٦، ٤١٠ .

(٢) فهمي الحسيني، شرح المجلة ٨٢/١ المادة ٩٢، د. الزحيلي، نظرية الضمان ص ١٩٦ .

لم يتعمد القتل^(١).

(٣٩) المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي :

فلو كانت مسألة الحفرة بحالها وكان حافر الحفرة قد حفرها متعدياً، وسقط رجل فيها على إنسان بداخلها فقتله أو على حاجة فأتلّفها فالضمان على الحافر؛ لأنه هو المتعدي بحفرها فعليه ضمان الساقط والمسقوط عليه، لأنه بمنزلة الدافع لمن سقط، والساقط بمنزلة المدفوع فيكون تلف الكل مضافاً إلى الحافر^(٢).

ومن فروع القاعدتين السابقتين :

إذا كانت المسألة بحالها ومات الساقط الثاني بوقوعه على الذي بداخل الحفرة . هنا ننظر :

فإن كان الساقط الثاني متعمداً بإلقاء نفسه في الحفرة فلا ضمان على أحد؛ لأنه مباشر لقتل نفسه .

وإن وقع خطأ، فإن كان حفر الحفرة عدواناً فالدية كاملة على عاقلة الحافر؛ لأنه متسبب متعد، والمتسبب يضمن بالتعدي، وإن لم تحفر عدواناً فلا ضمان على المتسبب؛ لأن المتسبب يضمن بالتعدي وهنا لم يتعد .

قال ذلك الشافعية، وقال الحنابلة : دم الساقط الثاني هدر؛

(١) البغدادي، أبو محمد بن غانم، مجمع الضمانات ص ١٧٩ - ١٨٠، قاضي خان، الفتاوى ٤٠٢/٢، ٤٠٣ .

(٢) البغدادي، مجمع الضمانات ص ١٧٩، ١٨٠ .

لأنه مات بفعل نفسه^(١).

(قلت) لعلّ الحنابلة بإطلاقهم أرادوا أنه تعمد الوقوع .
ولو اتخذ رجل بئراً في ملكه أو بالوعة، فوهن منها حائط جاره،
وطلب منه جاره تحويله أو ردمه لم يجب عليه، فإن سقط الحائط
من ذلك لا يضمن؛ لأن المتسبب في هذه الحالة غير متعد حيث
عمل ما عمل في ملكه^(٢).

ومن المباشرة والتسبب القاعدة التي نقلها شارح مجلة
الأحكام العدلية وهي :

(٤٠) « كل حكم يثبت بعله ذات وصفين، يضاف الحكم
إلى الوصف الذي وجد منهما أخيراً »^(٣) :

فمن وضع حجراً في ملكه - غير متعد - فوضع آخر شيئاً
جارحاً أو حفر حفرة - متعدياً - فعثر بالحجر رجل فوقع على
الجرح أو في الحفرة، فالضمان على واضع الجرح وحافر
الحفرة لتعديهما، ولا يتعلق الضمان بواضع الحجر لعدم تعديه؛
لأنه سبب غير متعد . ذكر ذلك الحنابلة^(٤).

ومثل ذلك لو حفر إنسان حفرة في الطريق - متعدياً - فوضع

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٨٤/٤، ابن قدامة، المغني ٨٤/١٢ .

(٢) الزحيلي، نظرية الضمان ص ١٩٩ .

(٣) فهمي الحسيني، شرح المجلة ٨٠/١ المادة ٩٠، انظر الشرح .

(٤) ابن قدامة ٨٨/١٢، المرداوي، الإنصاف ٣٤/١٠، وهذا المذهب
المشهور، وعنه الضمان عليهما .

رجل آخر حجراً - متعدياً - فتعثر بالحجر رجل فوقع في الحفرة، فالضمان على الأخير - واضع الحجر - لأن الوقوع بسبب التعثر، والتعثر بسبب وضع الحجر . (ولأنه الأخير والحكم يضاف إلى الوصف الأخير) .

وإن لم يضع الحجر أحد بل نقله السيل، فالضمان على حافر الحفرة؛ لأنه لا يمكن أن يضاف التعدي إلى السيل^(١)، فيضاف إلى الحافر لكونه متعدياً بحفره .

ذكر ذلك الحنفية^(٢)، ومثله عن الحنابلة^(٣) .

(قلت) وكذلك كل تعد لا يمكن إضافته إلى الفاعل - المتسبب - الثاني، يضاف إلى الفاعل الأول .

فلو حفر إنسان حفرة - متعدياً - وصبَّ إنسان عندها ماء فزلق به رجل ووقع في الحفرة ومات، فالضمان على صاب الماء؛ لأنه الفاعل الأخير أما لو نزل مطر فزلق به إنسان فوقع في الحفرة ومات، فالضمان على حافر الحفرة؛ لأنه لا يمكن إضافة التعدي إلى المطر^(٤) .

ومن فروع هذه القاعدة ما لو وضع إنسان حجراً أو حقيبة أو صندوقاً فنحاه آخر عن موضعه فتعثر به أعمى فهلك، أو دابة

(١) في النسخة، إلى الحجر، وهو خطأ .

(٢) الكاساني، البدائع ٢٧٦/٧ .

(٣) ابن قدامة، المغني ٨٨/١٢، البهوتي، الكشاف ٤/٦ .

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ٣٤٩/٨، عlish، فتح العلي المالك ٣٣٩/٢ .

فتضرّر ما عليها، فالضمان على الثاني الذي نحاه عن موضعه؛ لأن حكم فعل الأول قد انتسخ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر^(١).

وكذا لو حفر إنسان حفرة - متعدياً - فوضع فيها رجل أشياء حادة أو صلبة فوق في الحفرة إنسان فمات بسبب الأشياء الحادة أو الصلبة فلا ضمان على الحافر الأول، بل الضمان على واضع المواد الحادة أو الصلبة .

ومن فروع هذه القاعدة إذا حفر إنسان حفرة عدواناً فوق فيها رجل فسلم وطلب الخروج منها، فساعده رجل على الخروج وحمله ليخرج به حتى إذا توسط الحفرة سقط المحمول ومات فلا ضمان على أحد؛ لأن الحافر انتهى تسببه بسقوط الرجل سالماً، ولا ضمان على الحامل، لأنه متسبب ولكنه غير متعدي والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي^(٢).

ومن ذلك ما لو حفر إنسان حفرة ثم ردمها، فجاء آخر فأعاد حفرها، فوقع فيها إنسان ومات قال الحنفية^(٣) ننظر :

إن ردمها بالتراب ونحوه، فالضمان على الثاني الذي أعاد حفرها؛ لأن ردمها بالتراب ألحقها بالعدم، فكان إخراج التراب مرة أخرى بمنزلة حفر حفرة أخرى .

(١) المرغيناني، الهداية ٣١٢/١٠ .

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٣٤٩/٨ .

(٣) الكاساني، البدائع ٢٧٦/٧ .

وإن ردم الحفرة بمتاعه الذي يريد ادخاره كحنطة وشعير أو ملابس أو ما شاكل ذلك فلا يعد هذا ردماً بل هو شغل لها، ولذا فإذا حفرها آخر وسقط بها إنسان فالضمان على الأول وذلك لبقاء الحفْرِ بعد ردمها بالمتاع .

(قلت) الراجح أنه إن حفرها - غير متعد - بل حفرها ووضع فيها حنطة أو شعيراً ثم حفرها الآخر متعدياً فالضمان على الثاني لتعديه .

وإن حفرها الأول - متعدياً - فكذلك؛ لأن الفعل هنا يضاف إلى الوصف الذي وجد منهما أخيراً فلأن كل واحد منهما متعدياً .

وإن حفرها ثم سد رأسها، وجاء آخر فنقضه، فوقع فيها إنسان ومات، فالضمان على الأول؛ لأن أثر الحفر لم ينعدم بالسد، لكن السد صار مانعاً من الوقوع، والفتاح بالفتح أزال المانع وزوال المانع شرط للوقوع، والحفر سبب للوقوع، والحكم يضاف إلى السبب لا إلى الشرط . ذكر ذلك الحنفية^(١) .

(قلت) والذي أرجحه فيه تفصيل كما يلي :

أن الرجل الذي سد الحفرة إن كان سدها محكماً بحيث يصعب رفع الغطاء وبالع في ذلك فلا ضمان على الحافر على قاعدة (لا ضمان على المبالغ في الحفظ)^(٢) إنما الضمان على

(١) الكاساني، البدائع ٢٧٦/٧ .

(٢) الكاساني، البدائع ٢٧٥/٧ - ٢٧٦ .

الذي نقض السد؛ لأن نقضه الآن سبب للوقوع، والحكم يضاف إلى آخر أسبابه .

وهذا ينطبق على فتحات المجاري التي في الطرقات، فلو أن العمال أغلقوا هذه الفتحات إغلاقاً جيداً ثم جاء آخر ففتحها ووقع فيها إنسان أو دابة فالضمان على من فتحها . وكذا لو كانت كبيرة فسقطت فيها سيارة .

(٤١) الاشتراك في الضمان :

القاعدة : إن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم^(١) .

إذا حفر إنسان حفرة - متعدياً - فوسّع آخر رأسها قليلاً وهلك بها إنسان، فالضمان عليهما نصفان؛ لأن السقوط كان بسبب حفرهما .

فإن وسعها كثيراً بحيث يسقط الساقط في التوسعة فالضمان على الثاني، لأنه سبب متعد حيث كان السقوط بسبب توسعته، ذكر ذلك الحنفية^(٢) .

وكذا لو حفر شخص حفرة - متعدياً - فعمّقها آخر فسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهما؛ لأن التلف حصل بسببهما، لاشتراكهما في الحفر .

(١) ابن قدامة، المغني ١٢/٨٩ .

(٢) الكاساني، البدائع ٧/٢٧٥ - ٢٧٦، الفتاوى الهندية ٦/٤٥ .

وبهذا قال الشافعية وبه قال الحنفية استحساناً، وهو قول الحنابلة^(١). وقال الحنفية قياساً وهو قول محمد : إن الضمان على الأول .

(قلت) هذا فيه تفصيل فإن كان الحفر الأول قليلاً لا يميت فعمقه الثاني فأصبح مهلكاً فالضمان عليهما لاشتراكهما في الحفر .

وإن كانت الحفرة عميقة أساساً تقتل من يقع فيها، والثاني زاد من تعميقها فالضمان على الأول، لأن الثاني لم يفعل شيئاً يسبب قتلاً .

وكذا - عند المالكية - لو حفر إنسان حفرة ليقع فيها شخص معين، فردى رجل ذلك المعين فيها قتلاً معاً^(٢) .

وكذا إن وضع اثنان حاجة في الطريق ووضع رجل حاجته معهما فعثر بهما رجل فهلك بسببهما فالدية على عواقلهم أثلاثاً؛ لأنَّ السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم، وإن اختلفت

(١) الكاساني، البدائع ٢٧٦/٧، ابن حجر، التحفة ٩/٩، وانظر حاشية الشيرواني على التحفة قال : أي تعميقاً له دخل في الهلاك وإن قل بالنسبة للتعميق الأول . الفتوحى الحنبلي، معونة أولي النهى شرح المنتهى ٢٢٧/٨، وقال : وإن وضع ثالث فيها سكيناً فوقع إنسان على السكين التي في البئر فالدية على عاقلة الثلاثة أثلاثاً . نص عليه .

(٢) الشرح الكبير، الدسوقي الحاشية ٢٤٦/٤ قال : ويقتل المتسبب مع المباشر كحافر بئر لمعين ١٠ هـ قال الدسوقي : ولو لم يجتمعا في وقت الهلاك، ولو من غير تماثل بين الحافر والمردى .

أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات .

وهو قياس المذهب الحنبلي، وهو قول أبي يوسف كما ذكر ابن قدامة . وذكر ابن قدامة أيضاً أن زفر^(١) يقول : على الاثنين النصف، وعلى واضع الحجر وحده النصف، لأنَّ فعله مساوٍ لفعلهما^(٢) . ١ . هـ

(قلت) فزفر رحمه الله اعتبر الفعل فقط، وغيره اعتبر الفاعل فقط .

والراجع والله أعلم قول الحنابلة وأبي يوسف؛ لأنَّ القاعدة : أن المعتبر عدد الجنة لا عدد الجنايات^(٣) .

ومثل ذلك ما لو حفر رجل حفرة ووضع آخر بداخلها شيئاً حاداً أو صلباً فوق فيها إنسان فهلك بالحاد أو الصلب، نص الإمام أحمد على أن الضمان عليهما، قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك والقاتل^(٤) .

(٤٢) الجذب في البئر :

إذا حفر إنسان بئراً في الطريق - وكان متعدياً بحفره - فوقع فيه رجل فتعلق بآخر وتعلق الآخر بآخر فوقعوا جميعاً فماتوا، فما

(١) ابن قدامة ٨٩/١٢ .

(٢) نفسه .

(٣) السرخسي، المسبوط ١٨/٢٧ .

(٤) ابن قدامة، المغني ٨٩/١٢ .

الحكم؟^(١).

(١) ذكر هذه المسألة السرخسي في المبسوط ١٨/٢٧ - ١٩ ، وفصل وعلل ، كما ذكرها الكاساني في البدائع ٢٧٦/٧ - ٢٧٧ ، والماوردي في الحاوي ١٩٧/١٦ - ١٩٩ ، وابن قدامة في المغني ٨٥/١٢ - ٨٧ . وسنين كلام السرخسي وما نحتاجه من البدائع في الهامش ، وكلام ابن قدامة في الصلب ؛ لأن له دليلاً يعضده ، ونشير إلى ما يوافقه من كلام الماوردي إن وجد ، فنقول : إن المسألة على وجهين :

أحدهما : أنهم إذا ماتوا يُعلم كيف ماتوا ، بأن خرجوا من البئر أحياء وأخبروا بذلك ، فنقول :

في هذا الوجه موت الأول على سبعة أوجه : أحدها : أن يكون مات بوقوعه في البئر ، فديته على عاقلة الحافر ؛ لأنه كالمدافع له في مهواة .

والثاني : أن يموت من وقوع الثاني عليه ، فدمه هدر ؛ لأنه هو الذي جر الثاني على نفسه ، فيكون متلفاً نفسه .

والثالث : أن يموت من وقوع الثالث عليه ، فتكون ديته على الثاني ؛ لأنه هو الذي جر الثالث .

والرابع : أن يموت من وقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه فتجب نصف ديته عليه ويهدر نصفها ؛ لأنه جنى على نفسه وجنى عليه الحافر .

والخامس : أن يموت بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه ، فتكون ديته على الحافر وعلى الثاني نصفين ؛ لأن الثاني جنى عليه بجر الثالث ، والحافر جنى بالحفر .

والسادس : أن يموت من وقوع الثاني والثالث عليه ، فيهدر نصف دمه ، ويجب نصف ديته على الثاني ؛ لأنه جنى على نفسه وجنى عليه الثاني .

والسابع : أن يموت من وقوعه في البئر ومن وقوع الثاني والثالث عليه ، فتجب ثلث ديته على الحافر وثلثها على الثاني بجر الثاني عليه ، ويهدر ثلثها ؛ لأنه بجنايته على نفسه بجره الثاني عليه .

وأما الثاني : فلموته وجوه ثلاثة :

=

أحدها : أن يكون مات بسبب الوقوع فتكون ديته على عاقلة الأول؛ لأنه هو الذي جره إلى مهواة، فيكون بمنزلة الدافع له .
والثاني : أن يموت من وقوع الثالث عليه، فيكون دمه هدرأ؛ لأنه هو الذي جر الثالث على نفسه .

والثالث : أن يموت من الوقوع في البئر ووقوع الثالث عليه، فيجب نصف ديته على الأول ويهدر نصف ديته بجنايته على نفسه .
وأما الثالث : فلموته سبب واحد، وهو أن يموت بوقوعه في البئر فتكون ديته على عاقلة الثاني؛ لأنه هو الذي جره في مهواة .

وأما الوجه الثاني : وهو أنهم إذا ماتوا لا يعلم كيف ماتوا، فإن لم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الذي احتفر البئر؛ لأنه لا سبب لموته سوى الوقوع في البئر، (ودية الثاني على الأول؛ لأنه هو الذي أوقعه حين جره إلى مهواة، ودية الثالث على الثاني، لأنه هو الذي أوقعه) . (ما بين القوسين ساقط من المبسوط ونقل بالمعنى من البدائع ٢٧٧/٧) .

وإن كان بعضهم على بعض موتى ولا يعلم كيف حالهم فالقياس - وهو قول محمد - أن صاحب البئر يضمن الأول، ويضمن الأول الثاني، ويضمن الثاني الثالث على عواقلهم؛ لأن وقوع الأول في البئر سبب لهلاكه وهو أسبق الأسباب وقد ظهر الحكم عقيبه فيكون مضافاً إليه، ولا يعتبر احتمال موته من وقوع الثاني أو الثالث عليه؛ لأن هذا الاحتمال ترجح (لعل معناه أصبح مرجوحاً تأمل) بالسبق، والسابق وقوعه في البئر .

وكذلك في حق الثاني : أسبق الأسباب الوقوع في البئر وهو مضاف إلى الأول (لأنه جذبه)، وفي حق الثالث لا سبب لموته سوى الوقوع في البئر وهو مضاف إلى الثاني (في المبسوط الأول - وهو خطأ - وذلك لأن الثاني هو الذي جذبه)، فضمناه على الثاني .

سنذكر حكم هذه المسألة من كتاب ابن قدامة في المغني؛ لأنه ذكرها مختصرة من جهة، ولم يكثر من التفصيل، وذكرها فيما إذا كان حفر البئر بدون تعد من الحافر، وكذلك ذكرها الماوردي في الحاوي^(١). وسأحاول بيان ما يوافق المغني من

= وقال : فيها قول آخر (ذكر في البدائع أن هذا القول استحسان) ولم يبين من قائل هذا القول، وقيل : هو قول أبي يوسف، وقيل : هو قول أبي حنيفة أيضاً، أن دية الأول أثلاث : فثلثها على الحافر، وثلثها على الثاني، وثلثها هدر؛ لأنه ظهر بموته أسباب ثلاثة : وقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه، وليست الإضافة إلى البعض بأولى من البعض . فالترجيح في هذا لا يقع بالسبق كما في الجراحات، فيكون ثلث ديته على الحافر، وثلثه على الثاني؛ لأنه جر الثالث إليه، وثلثه هدر؛ لأنه هو الذي جر الثاني عليه .

ودية الثاني نصفين، نصفه هدر، ونصفه على الأول؛ لأن لموته سببين : الوقوع في البئر ووقوع الثالث عليه، فالهدر بسبب جره الثالث على نفسه، والنصف الذي على الأول؛ لأن الأول هو الذي سحبه على نفسه، فيضاف إليهما .

ودية الثالث على الثاني كلها؛ لأنه لا سبب لموته سوى جر الثاني إياه إلى نفسه . قال : فإذا لم يعرف من أي ذلك ماتوا يبطل نصف ذلك، ويؤخذ بالنصف . قيل : ليس مراده حقيقة المناصفة بل مراده التبعض والانقسام في حق الأول أثلاثاً، فإن كان مراده المناصفة فإنما أراد به في حق الثاني خاصة؛ لأنه لا شك أن جميع دية الثالث واجبة على الثاني في الأحوال كلها . قال (أي محمد رحمه الله) في الزوائد : وبهذا القول نأخذ . ١ . هـ

(١) الماوردي، الحاوي ١٦/١٩٧ - ١٩٩، ابن قدامة، المغني ١٢/٨٥ - ٨٧ بتصرف .

الحاوي إن رأيت فائدة .

فأقول : إذا حفر إنسان بئراً - وكان غير متعدي بحفره هذا - وسقط فيه رجل فجذب آخر فوقاً معاً فدم الأول هدر؛ لأنه مات من فعل نفسه .

وإن مات الثاني : فديته كلها على عاقلة الأول؛ لأنه قتله بجذبه، وهذا متفق عليه بين المذهبين .

وإن تعلق الثاني بثالث فمات الثلاثة بدون جذب ولا دفع فدية الأول على الثاني والثالث؛ لأنه مات بوقوعهما عليه، فاشتركا في ديته لاشتراكهما في تلفه، ودية الثاني على الثالث؛ لأنه انفرد بالوقوع عليه، ودية الثالث هدر؛ لأنه تلف من وقوعه، ذكر ذلك الماوردي وحده .

(قلت) وهو حسب التعليل صحيح .

وإن جذب الثلاثة بعضهم بعضاً فماتوا جميعاً، فلا شيء على الثالث؛ لأنه مجذوب وليس بجاذب، وفي ديته وجهان : أحدهما : يضمنها الثاني؛ لأنه هو الذي باشر جذبه، والمباشرة تقطع حكم السبب، والثاني : أن ديته على عاقلة الأول والثاني نصفين؛ لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث، فصار الأول مشاركاً للثاني في إتلافه .

أما دية الأول والثاني، فقال الماوردي : على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه ويهدر النصف الثاني؛ لأنهما مشتركان في قتل أنفسهما؛ لأن موت الأول كان بجذبه للثاني،

وبجذب الثاني للثالث، وموت الثاني كان بجذب الأول وبجذب الثاني للثالث، فصار الأول والثاني مشتركين في قتل أنفسهما .

وعند الحنابلة وجهان : أحدهما : هذا، والثاني : أن دية الثاني على عاقلة الأول؛ لأنه هلك بجذبه، وإن هلك بسقوط الثالث عليه، فقد هلك بجذبه الأول وجذب نفسه للثالث، فسقط فعل نفسه كالمصطدمين، فتجب دية كاملة على الأول، ذكره القاضي . ويتخرج وجه ثالث : وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته . وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه، ففيه الأوجه الثلاثة؛ لأنه مات من جذبه للثاني، وجذبه الثاني للثالث، فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول . وعلى الثاني : يُهدَرُ نصف ديته المقابل لفعل نفسه، ويجب نصفها على الثاني . وعلى الثالث، يجب نصفها على عاقلته لورثته . ذكر ذلك ابن قدامة .

(قلت) ما دام أن الحنابلة جعلوا نصف دية الثاني هدرًا، والنصف الآخر على الأول كقول الشافعية؛ لأنه اشترك معه في قتل أنفسهما، فكذلك تكون دية الأول، نصفها هدر والنصف الآخر على عاقلة الثاني لنفس العلة، والله أعلم .

وإن جذب الثالث رابعاً، فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض، فلا شيء على الرابع؛ لأنه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره، وفي ديته وجهان (وبالوجهين قال الماوردي الشافعي) : أحدهما : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه، والثاني :

(أنها) على عاقلة الأول والثاني والثالث ؛ لأنه مات من جذب الثلاثة ، فكانت ديته على عواقلهم ، وأما الأول فقد مات بجذبه وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه - أي في ديته - ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين . الثاني : يجب على عاقلتيهما - أي الثاني والثالث - على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه (وهذا هو الموافق لقول الماوردي الشافعي) . الثالث : يجب ثلثها على عاقلته لورثته .

وأما الجاذب الثاني فقد مات بالأفعال الثلاثة ، وفيه هذه الأوجه المذكورة في الأول سواء .

وأما الثالث ففيه مثل الأوجه الثلاثة ووجهان آخران : أحدهما : أن ديته بكما لها على الثاني ؛ لأنه المباشر لجذبه ، فسقط فعل غيره بفعله . والثاني : أن على عاقلته نصفها ، ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه . ا . هـ (وهذا موافق للماوردي الشافعي) وهناك بعض الأوجه ذكرها الماوردي .

وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا ، نظرت : فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض ، مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيه فيقتله ، أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض ، لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض .

وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم

على بعض قدم الرابع هدر؛ لأنَّ غيره لم يفعل فيه شيئاً، وإنما هلك بفعله، وعليه دية الثالث، لأنه قتله بوقوعه عليه، ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين، ودية الأول على الثلاثة أثلاثاً .

وإن هلكوا بأمر في البئر مثل أسد كان فيه، وكان الأول جذب الثاني، والثاني جذب الثالث، والثالث جذب الرابع فقتلهم الأسد، فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين، وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثاً ودم الأول هدر، وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الأول والثاني نصفين وهذه المسألة تسمَّى (مسألة الزبية) . ١. هـ

واستدلَّ ابن قدامة لقوله فقال : وقد روى حنش الصنعاني أنَّ قوماً من أهل اليمن، حفروا زبية^(١) للأسد، فاجتمع الناس على رأسها، فهوى فيها واحد فجذب ثانياً، فجذب الثاني ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً، فقتلهم الأسد، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه - فقال : للأول ربع الدية؛ لأنه هلك فوقه ثلاثة، وللثاني ثلث الدية؛ لأنه هلك فوقه اثنان، وللثالث نصف الدية؛ لأنه هلك فوقه واحد، وللرابع كمال الدية، وقال : فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه

(١) الزبية : حفرة في موضع عال تغطى فوهتها، فإذا وطئها الأسد وقع فيها،

جمعها زبي . الوسيط ٣٨٩/١ زبي .

وسلم، فقال : « هو كما قال »^(١).

(٤٣) الاختلاف في الدعوى :

إذا دخل دار رجل ثم سقط في بئر في الدار وهلك، فقال مالك الدار : دخل بدون إذن - أي فهو معتد بدخوله فدمه هدر - وقال ولي الهالك : إنك أذنت له . فالقول قول المالك ؛ لأنه منكر، ذكر ذلك الحنابلة^(٢).

(٤٤) اختلفا في كشف البئر :

وإن قال المالك : كانت مكشوفة، وقال ولي الهالك : كانت مغطاة، فالقول قول ولي الهالك ؛ لأنَّ الظاهر معه، فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها . ويحتمل أن القول قول المالك ؛ لأنَّ الأصل براءة ذمته، فلا تشتغل بالشك، ولأنَّ الأصل عدم تغطيتها . نصَّ على ذلك الحنابلة أيضاً^(٣).

(٤٥) اختلفا في إعلام الداخل :

وإن قال ولي الهالك : لم تعلمه بوجود البئر، وقال المالك : أعلمته، فالذي يظهر تصديق ولي الهالك ؛ لأنَّ الأصل

(١) ابن قدامة، المغني ٨٧/١٢ وقال محققاه - جزاهما الله خيراً - في الهامش : أخرجه الإمام أحمد في المسند ١/٧٧، ١٢٨، ١٥٢، والبيهقي في باب ما ورد في البئر جبار والمعدن جبار من كتاب الديات، السنن ٨/١١١، وابن أبي شيبة في باب القوم يدفع بعضهم بعضاً في البئر أو الماء من كتاب الديات، المصنف ٩/٤٠٠ .

(٢) ابن قدامة، المغني ٩٤/١٢ الفتوحي الحنبلي، معونة أولي النهى ٨/٢٢٧ .

(٣) ابن قدامة، المغني ٩٤/١٢ الفتوحي الحنبلي، معونة أولي النهى ٨/٢٢٧ .

عدم الإعلام . نصَّ على ذلك الشافعية^(١) .

(٤٦) اختلفا في تعمد السقوط :

لو اختلف الحافر - وكان متعمداً بحفره - وورثة الميت، فقال الحافر : هو ألقى نفسه فيها متعمداً، وقال الورثة : بل وقع فيها، اختلف قول أبي يوسف ومحمد في المسألة، واختلف قول أبي يوسف مع نفسه وكما يلي . قال أبو يوسف في القول الأول : القول قول الورثة .

وتعليله أنَّ الظاهر شاهد للورثة، لأنَّ العاقل لا يلقي نفسه في البئر عمداً .

وقال أبو يوسف في قوله الآخر، وبه قال محمد : القول قول الحافر^(٢) .

وتعليله على ذلك، هو أنَّ حاصل الاختلاف يرجع إلى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه . ثم إن هذا الظاهر الراجع إلى الضمان معارض بالظاهر الذي يقول : إن المار على الطريق الذي يمشي فيه يرى البئر، فتعارض الظاهران، فبقي الضمان على أصل عدم .

والراجع أن لا ضمان على الحافر؛ لقوة دليل قول أبي

(١) حاشية شرواني على تحفة المحتاج ٩/٩ .

(٢) الكاساني، البدائع ٢٧٦/٧ الفتاوى الهندية ٤٥/٦، الزيلعي، تبين الحقائق ١٤٤/٦ .

يوسف الآخر ومحمد، وهذا حسب ما أماننا من الدليل، ولكن لو تعمقنا أكثر لوجدنا أن الضمان على الحافر؛ لأنَّ الحافر متعد بحفره، فهو ضامن لكل تلف يكون الحفر سبباً فيه، وهذا شيء ثابت معلوم بيقين، لكن لم نتيقن أن الواقع في البئر هو ألقى نفسه فيها متعمداً، وعلى قاعدة (اليقين لا يزال بالشك) ^(١) يكون الضمان على الحافر، والله أعلم .

(٤٧) الإجارة على الحفر وغيرها من المنافع :

إذا استأجر رجل أجيراً ليحفر له بئراً في ملكه فتلّف الأجير بذلك، لم يضمنه المستأجر . قال بهذا الحنابلة، وبه قال عطاء، والزهري وقتادة وأصحاب الرأي ويشبهه مذهب الشافعي؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « البئر جبار » ^(٢)، ولأنه لم يتلفه، وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلاً أفضى فيه إلى تلفه فأشبهه ما لو فعله تبرعاً من عند نفسه ^(٣) . ذكر ذلك الحنفية والحنابلة .

(قلت) هو الصحيح .

(٤٨) فإن كانت المسألة بحالها، وكان المستأجر للحفر

(١) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام ٢٠/١ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري ومسلم . البخاري (٢٤)، كتاب الزكاة (٦٦)، باب في الركاز الخمس ١٣٧/٢، ومسلم (٢٩)، كتاب الحدود (١١)، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (٤٥) رقم الحديث (١٧١٠) ١٣٣٤/٣ - ١٣٣٥ .

(٣) ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٣/٥، ابن قدامة، المغني ٩٣/١٢ . الفتوحى، المعونة ٢٢٨/٨ .

عبدًا بغير إذن سيده أو صبيًا بغير إذن وليه فالضمان على المستأجر؛ لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره . ذكر ذلك الحنابلة^(١).

(قلت) هذا صحيح .

(٤٩) وقعت على الأجراء والحفر في الطريق :

إذا استأجر أربعة يحفرون له بئراً في الطريق فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر الربع؛ لأن الميت مات من أربع جنائيات، إلا أن جناية المرء على نفسه هدر، فبطل الربع، وبقي جنائيات أصحابه عليه، فتعتبر، ويجب عليهم ثلاثة أرباع الدية، على كل واحد منهم الربع . وقد روى الشعبي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قضى على القارصة والقامصة والواقصة^(٢) بالدية أثلاثاً، وهن ثلاث جوار^(٣)، ركبت إحداهن الأخرى، فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت، فسقطت الراكبة، ف قضى للتي وقصت بثلثي الدية على

(١) ابن قدامة، المغني ٩٣/١٢ .

(٢) القارصة : اسم فاعل - فاعلة - من القرص بالأصابع . النهاية في غريب الحديث، والأثر لابن الأثير ٤٠/٤ ، مادة قرص .

والقامصة : النافرة الضاربة برجليها . النهاية ١٠٨/٤ ، مادة قمص .

والواقصة : بمعنى الموقوصة . الوقص : كسر العنق . النهاية ٢١٤/٥ ،

مادة وقص .

(٣) في البدائع ٢٧٨/٧ جوارى، وهو خطأ مطبعي، وصاحبتها . والصواب ما أثبتته .

صاحبيتها - صاحبيتها - وأسقط الثلث؛ لأنَّ الواقعة أعانت على نفسها^(١). ذكر ذلك الحنفية^(٢).

(قلت) هذا صحيح؛ لفعل علي رضي الله عنه .

(٥٠) فلو كانت المسألة المتقدمة بحالها ولكن الحفر كان في ملك المستأجر، فينبغي أن لا يجب شيء؛ لأن الفعل - الحفر - مباح فما يحدث غير مضمون . ١ . هـ^(٣).

لكن قال ابن عابدين^(٤): قوله : فينبغي أن لا يجب شيء . . . إلخ، قد علمت التصريح بأن ذلك قتل مباشرة فيستوي فيه الملك وعدمه فهو بحث مخالف للمنقول . ذكر ذلك الحنفية فقط .

(قلت) الصحيح ما في ابن عابدين؛ لأنَّ الثلاثة مباشرين للقتل فيجب عليهم ثلاثة أرباع الدية . ومثله ما لو كان الأربعة أعواناً للمستأجرين^(٥).

(١) ذكر الحديث ابن الأثير في النهاية ٤٠/٤ وقال : جعل الزمخشري هذا الحديث مرفوعاً، وهو من كلام علي . ١ . هـ وانظر الزمخشري ١٧٠/٣ فقد رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم، الفائق في غريب الحديث، وانظر البيهقي، باب ما ورد في البئر جبار والمعدن جبار، كتاب الديات ١١٢/٨ .

(٢) الكاساني، البدائع ٢٧٧/٧، ٢٧٨، الحصكفي، الدر المختار ٣٨٣/٥ .

(٣) الحصكفي، الدر المختار ٣٨٣/٥ . قاضي خان، الفتاوى ٤٠٢/٢ . ذكر أن من حفر نهراً في ملكه لا يضمن .

(٤) ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٣/٥ .

(٥) ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٣/٥ .

(٥١) حفر في دار مستأجرة (ملك المنفعة) :

وإذا استأجر رجل داراً فقد ملك منفعتها مدة الإجارة، ولكن العين المأجورة وهي الدار أمانة في يده^(١)، فإذا حفر فيها بئراً بدون إذن المالك فقد تعدى ولا يضمن ما هلك فيها؛ لأنه مالك لمنفعتها . نصَّ على ذلك الشافعية^(٢) .

(٥٢) حفر في الدار الموقوفة أو الموصى بها (ملك

المنفعة) :

إذا أوقف إنسان داراً على رجل معين أو أوصى له^(٣) بها فقد استحق منفعتها، فإذا حفر فيها بئراً، فهو متعد؛ لأنه استعمل ملك غيره فيما لم يؤذن له فيه، إذ ملك المنفعة^(٤) لا يشمل

(١) النووي، المنهاج ص ٦٨ قال : ويد المكثري على الدابة والثوب يد أمانة مدة الإجارة... إلخ .

(٢) ابن حجر، التحفة، شرواني، الحاشية ٨/٩ .

(٣) قيد بعض الشافعية الوصية بالمؤبدة وبعضهم لم يقيد بها، وعلى كل فهو مالك للمنفعة في المدة المؤقتة أو دائماً .

(٤) قال في الكتاب إذ الانتفاع لا يشمل الحفر، وهو توسع؛ لأنه قال قبل ذلك : فقد استحق منفعتها، وهناك فرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، قال القرافي في الفروق ١/ ١٨٧ الفرق (٣٠) فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية، مثال الانتفاع سكني المدارس والرباط... فله أن ينتفع فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وأما مالك المنفعة كمن استأجر داراً، أو =

الحفر، وإن توقف تمام الانتفاع عليه ولا ضمان عليه، لأنه مستحق للمنفعة . ذكر ذلك الشافعية^(١).

(٥٣) حفر في الدار المستعارة (ملك الانتفاع) :

إذا استعار رجل داراً ليسكنها مدة بدون أجر فهي عارية بيده، والعارية يملك فيها المستعير الانتفاع ولا يملك المنفعة، وعلى ذلك فلو حفر المستعير بئراً في الدار المستعارة بدون إذن مالِكها فهلك بها رجل فهو ضامن لذلك . نصَّ على ذلك الشافعية أيضاً^(٢).

(قلت) هنا فَرَّقَ الشافعية بين ملك المنفعة وملك الانتفاع وهو جيد .

(٥٤) حفر في داره المؤجرة أو المرهونة :

إذا ملك إنسان داراً فأجرها لآخر أو رهنها عنده فهي محبوسة لدى المستأجر مدة الإجارة، ويبدد المرتهن مدة بقاء الدَّين على الراهن . فلو أن المالك حفر بئراً في داره هذه التي هي بيد غيره، ولم يأخذ إذنًا من المستأجر أو الراهن فهو غير

= استعارها فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم . اهـ
(قلت) عند المالكية - خلافاً للشافعية والحنابلة - العارية تمليك للمنفعة .

(١) ابن حجر، التحفة، شرواني، الحاشية ٨/٩ .

(٢) شرواني، حاشية على التحفة ٨/٩ .

متعد؛ لأنه حفر في ملكه . قال ذلك ابن حجر في التحفة^(١)،
والشربيني في المغني قال في الأصح .

(قلت) الصحيح أنه بحفره متعد؛ لأنَّ الدار ليست بيده
الآن فإن حفرها وأعلم الداخل بها فلا ضمان عليه، وإلا ضمن .

(٥٥) حفر داخل الحرم :

إذا حفر بئراً في ملكه أو في موات وكان ذلك البئر داخل
حدود الحرم ضمن الصيد الواقع فيه في الأصح^(٢) . ذكر هذا
الشافعية .

(قلت) هل يعتبر ذلك صيداً للحيوان الواقع ؟ وهل يعد
صائداً وهو لم ينو الصيد بحفره ؟ والقاعدة تقول : « المتسبب لا
يضمن إلا بالتعمد أو بالتعدي »^(٣)، فيه نظر والله أعلم .

(٥٦) منع الجار جاره من الحفر :

ليس للجار منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض
صلبة لا تضر ببئر، وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئر منع
إذا قال ذلك أهل البصر - أي الخبرة - . ذكر ذلك المالكية^(٤) .

(١) ٨/٩، وذكر أن هذه المسألة عن البلقيني، وقال : وخالفه غيره في
الإجارة ورد عليه . ونقل شرواني عن الروض أنه متعد، فإن أعلم الداخل
بالإذن أو كانت مكشوفة فلا ضمان وإلا ضمن . ١. هـ، الشربيني، المغني
٨٣/٤، ابن حجر والتحفة ٩/٩ إجماعاً .

(٢) الرملي، النهاية ٣٥٣/٧، الشربيني، المغني ٨٣/٤ .

(٣) المجلة ٨٣/١ م ٩٣ .

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٦٣/٢ ونقل عن ابن كنانة أن له ذلك وإن =

(قلت) هو الصحيح دفعاً للضرر .

(٥٧) أمر السلطان والإكراه :

إذا أمر السلطان رجلاً بحفر بئر في غير ملكه فحفره المأمور ثم سقط فيه إنسان ومات، فلا ضمان على الحافر؛ لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة . صرح بذلك الحنفية والحنابلة^(١).

ويكون الضمان على السلطان - إذا كان ضمان - سواء علم الحافر أن الأرض ملك لغير السلطان أو لا؛ لأنه لا تسعه مخالفته، أشبه ما لو أكرهه على ذلك والمراد بقوله أمره أي أذن له، وهي مخالفة لقوله لو أكرهه عليه الآتي . ذكر ذلك الحنابلة^(٢).

(٥٨) إكراه السلطان :

ويكون السلطان ضامناً لو أكره شخصاً على حفر بئر - بالأولى - لأن المكره آلة بيد المكره فالضمان إذن على المكره، وكذا لو أكره رجل آخر على دخوله الدار وسقط في بئر فيها . صرح بذلك الحنفية والحنابلة في السلطان، وصرح به

= أضر بجاره، قال : وليس عليه العمل . وانظر التسولي، البهجة في شرح التحفة ٣٣٦/٢ فيه كلام طويل وتشعبات .

(١) المرغيناني، الهداية، والبهوتي، الكشف ١٣٥/٤، البهوتي، شرح المنتهى ٤٢٨/٢ .

(٢) البهوتي، الكشف ١٣٥/٤، البهوتي، شرح المنتهى ٤٢٨/٢ .

الشافعية فيما لو أكرهه المالك^(١).

(قلت) هذا هو الصحيح ؛ لأن المكره آلة بيد المكره .

(٥٩) نقصان الدار بالحفر :

رجل مات وترك داراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، فحفر فيها أحد ورثته، فهو ضامن نقصان الحفر للغرماء، فإن وقع فيها إنسان فعليه ضمان ذلك على عاقلته، ذكر ذلك ابن نجيم في البحر الرائق^(٢).

(٦٠) حفر العبد :

إذا حفر العبد القُرْبُ بُرّاً - متعدياً - وهلك فيه إنسان أو مال، نظرنا : فإن كان بأمر سيده فالضمان على السيد؛ لأن فعل عبده بأمره كفعل نفسه سواء أعتقه أم لا . ذكر ذلك الحنابلة^(٣).

(قلت) وهذا هو الصحيح ؛ لما عللوا به .

وإن كان بغير أمر سيده فيتعلق ضمانه برقبته^(٤)، فإن عتق

(١) المرغيناني، الهداية وقاضي زادة، نتائج الأفكار ٣١٢/١٠، وقد بين أن إذن الإمام كاف في دفع الضمان عن الحافر، ثم صوب عبارة المرغيناني في الهداية (فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) التي نقلها عن الجامع الصغير لمحمد رحمه الله ١.١. هـ وشرواني، حاشيته على التحفة ٩/٩، الشربيني ٨٣/٤، البهوتي، كشف القناع ١٣٥/٤، والبهوتي، شرح المنتهى ٤٢٨/٢ .

(٢) ٣٤٩/٨ - ٣٥٠ .

(٣) البهوتي، الكشف ١٣٥/٤ .

(٤) ذكر ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، ابن نجيم، البحر الرائق ٣٥٠/٨ =

فمن حين العتق على عاقلته إذا كان الضرر على آدمي ، وبرقبته إذا كان مالاً ، ذكر ذلك ابن حجر في التحفة^(١) .

(قلت) نعم ، لأنه قبل العتق بيد سيده والسيد لم يأمره بذلك فجنايته في رقبته يتبع بها بعد عتقه .

وقال الحنفية : فإن أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ، أي وقوع أحد في البئر الذي حفره العبد ، ثم لحقته الجنايات فعلى المولى قيمته يوم عتق ، يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت بعد العتق وقبله ، يضرب في ذلك كل واحد بقدر أرش جنايته^(٢) .

(قلت) الظاهر من كلام الحنفية أن الحفر كان بإذن السيد فيكون الضمان عليه كقول الحنابلة المتقدم .

(٦١) سقط اثنان فعفا أحد الوليين :

حفر عبد بئراً على قارعة الطريق - متعدياً - فجاء إنسان ووقع فيها - فمات - فعفا عنه الولي - أي ولي المقتول - ثم وقع فيها آخر ومات ، فما الحكم ؟ اختلف الحنفية الذين ذكروا هذه المسألة كما يلي :

قال أبو حنيفة : مولى العبد مخير بين أن يدفع كل العبد أو

= قال : ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء بجميع الأروش ، ابن حجر ، التحفة ، الشرواني ، الحاشية ٨/٩ ، البهوتي ، الكشاف ١٣٥/٤ .

(١) ٨/٩ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ٨/٣٥٠ ثم ذكر ما لو لم يعتق .

يفديه . وقال الصاحبان : يدفع إليه نصف العبد أو نصف الفداء^(١) ؛ لأنهما وقعا معاً فعفا عنه أحد الوليين^(٢) .

(قلت) الراجح فيه تفصيل ، فإن كان الحفر بأمر السيد فالضمان على السيد كما تقدم في المسألة قبل هذه ، وإن لم يكن بأمر السيد - كما هو الواضح هنا - فالراجح قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأننا الآن أمام دية رجل قتل ، نعم يعاد الزائد بعد أخذ الدية إلى المولى إذا كان في قيمة العبد بقية ، والله أعلم .

(٦٢) حفر بإذن مولاه ثم أعتقه وسقط المُعتق في البئر : عبد حفر بئراً - أي بأمر المولى متعدياً - ثم أعتقه ، ثم وقع العبد المعتق في البئر - التي حفرها - ومات ، فما الحكم ؟ نقل محمد عن أبي يوسف أن المولى ضامن لقيمة العبد لو رثته . وقال محمد : لا أرى عليه شيئاً .

(قلت) قول أبي يوسف أقيس ، ذلك لأن أمر السيد للعبد كأمر السلطان تجب طاعته وتخشى مخالفته ، فحينئذ يكون حفر العبد كحفر السيد ، قال البهوتي : لأن فعل عبده بأمره كفعل نفسه^(٣) .

ولكن قول أبي يوسف : إن المولى ضامن لقيمته لا ينسجم مع عتق العبد ؛ لأنه الآن أصبح حراً ، وقد سقط في البئر وهو

(١) في الكتاب : يدفع إليه نصف ، ولم يبين .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ٣٤٩ / ٨ .

(٣) البهوتي ، كشاف القناع ١٣٥ / ٤ .

حر، فعلى عاقلة السيد ديته لورثته، والله أعلم .

(٦٣) أعتقه قبل الحفر :

فإن كانت المسألة بحالها لكن أعتقه المولى قبل الحفر، ثم حفر ووقع العبد الحافر فيها، فلا شيء على المولى بلا خلاف، ذكر ذلك الحنفية^(١).

(قلت) لأن المولى أصبح - بعد عتق العبد - أجنبياً عنه فلا يؤاخذ بشيء من أفعاله، خاصة وأنه لم يأمره، بل وإن أمره؛ لأن القاعدة أن الفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً^(٢)، والله أعلم .

(٦٤) حفر المكاتب والمدبر :

إذا حفر المكاتب بئراً - متعدياً - فقتل فيها إنسان، فقضي على المكاتب بأن يدفع قيمة نفسه إلى ولي المقتول، ثم وقع بعد ذلك إنسان آخر في البئر ومات .

قال أبو يوسف : يشارك الثاني الذي سقط في البئر أخيراً ومات، يشارك الساقط الأول في قيمة المكاتب التي أخذها.

(قلت) نعم؛ لأن للمكاتب قيمة واحدة، وكذا لو مات فيه ثالث ورابع، ليس لهم إلا قيمة المكاتب . ويؤاخذ المكاتب بكل الجنايات التي يحدثها، ولا شيء فيها على الموتى .

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٨ / ٣٥٠ .

(٢) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص ٨٠ مادة (٨٩)

ذكر ذلك كله الحنفية^(١) وقالوا : وكذلك المدبر . ثم
ذكروا أحكاماً أخرى عن العبد بأنواعه . والله أعلم .

الخاتمة :

بعد هذه الجولة في أحكام حريم البئر وضمانه أجدني
توصلت إلى النتائج التالية :

- ١ - أن الشريعة الإسلامية استوعبت كل ما يتعلق بالحياة الدنيا
والحياة الآخرة سواء كان ذلك نصاً أو إيماءً أو قياساً، أو
غير ذلك .
- ٢ - أن الشريعة الإسلامية إذا طبقت لا نجد أي نزاع أو خصام
بين الناس؛ لأن كل ما يدعو إلى النزاع والخصام مرفوض
فيها .
- ٣ - من حفر بئراً فعليه سدها أو عمل حائطاً عليها حتى تعلم،
فإن لم يفعل ضمن ما يتلف فيها بشروط ذكرها الفقهاء .
- ٤ - سبب الضمان عند الفقهاء غير المالكية العدوان في حفر
البئر، بأن يحفرها في الطريق لمصلحة نفسه أو في طريق
يضر بالمارة أو يضيق الطريق، أو في ملك غيره وبدون
إذنه، أو في ملكه ولم يعلم الداخل فيها، أو في طريق
مشترك بلا إذن الشركاء . وقال المالكية سبب الضمان
الضرر، وقصد الضرر، وأوجبوا القصاص إذا قصد ضرر

(١) ابن نجيم ٣٥٠/٨، وذكر أحكاماً أخرى .

- شخص ومات المقصود في البئر، والدية في غيره .
- ٥ - إذا حفرت عدواناً وتعمد شخص الوقوع فيها أو كانت مكشوفة وهو مبصر وسقط فيها، أو رداه غير الحافر، أو حفر في ملك غيره ثم ملك البئر قبل سقوط أحد، أو رضي المالك بالحفر زال العدوان ولا ضمان على الحافر .
- ٦ - الحفر في المسجد مضمون إلا إذا كان الحافر من أهل المسجد أو كان الحفر بإذنهم أو لمصلحة المسجد ولا ضرر فيه فلا ضمان .
- ٧ - على قاعدة (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر) لو أمر غيره بالحفر، فإن أعلمه أن هذا ملكه ولم يكن ملكه فالضمان على الأمر؛ لأنه غيره، سواء كان الحافر أجيراً أو معاوناً للأجير أو متبرعاً، وإن لم يعلمه فكذلك، لأن الظاهر أنه ما أمره إلا لأنه مالك له، ومهما علم الحافر بالأمر فهو ضامن، فإذا علم أن الدار ليست للآمر أو أن هذا فناء الدار وليس ملكه أو حفر في الطريق ولو بأمر آمر فهو ضامن .
- ٨ - إذا مات إنسان بسبب السقوط في بئر حفرت عدواناً، أو مات فيه جوعاً، أو عطشاً، أو غماً فالحافر ضامن للساقط بالدية للحر وبالقيمة لغيره، وكذا لو نهشته حية بداخل البئر .
- ٩ - كل من تسبب في السقوط في البئر فهو ضامن، فإذا حفر بئراً عدواناً ووضع آخر حجراً، أو نصب حديدة، فعثر بها

إنسان، وسقط في البئر، أو صبَّ ماءً فزلق به إنسان ووقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر وناصب الحديد وصاب الماء، فإن كان الماء ماء مطر فالضمان على الحافر.

١٠- إذا حفر إنسان بئراً في ملكه - غير معتد - ووقع فيها شخص على إنسان بداخلها فالضمان على الساقط، فإن حفرت عدواناً فالضمان على الحافر، وإن مات الساقط فإن كان متعمداً السقوط فهدر وإلا فالضمان على الحافر إذا حفره عدواناً، وإذا أراد الخروج فتعلق برجل ليخرجه لكن المتعلق سقط مرة أخرى في البئر ومات فلا ضمان على أحد .

١١- إذا سقط إنسان في بئر وتعلق بآخر وتعلق الثاني بثالث والثالث برابع وهلكوا فالحكم يختلف فيما إذا كان الحفر عدواناً أو غير عدوان، أو كان يعلم كيف ماتوا أو لم يعلم، وتسمى مسألة الزبية .

١٢- إذا حفر بئراً حفرًا قليلاً فعمقها آخر، أو حفر ضيقة فوسعها آخر، فالضمان عليهما، وإن حفرها ثم كبسها ففتحها آخر، فإن كان الحفر الأول عدواناً فهما ضامنان، وإلا فالأخير ضامن .

١٣- إذا حفر إنسان بئراً في ملكه وهلك بها إنسان فقال ولي الهالك أذنت له وأنكر المالك فالقول قول المالك، وإن قال المالك كانت مكشوفة - أي ولم يرها - فلا ضمان، وقال الولي كانت مغطاة، فالقول قول الولي ويحتمل أن القول قول المالك .

١٤- إذا استأجر أجيراً لحفر بئر فسقط عليه البئر فلا ضمان على الأمر، وإذا كان الأجراء أربعة فسقط على واحد منهم بفعلهم، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط ربع دية نفسه، وكذا أعوان الأجراء .

١٥- إذا حفر بئراً في دار استأجرها، أو كانت موقوفة عليه، أو كان مالكا لها وأجرها أو رهنها وحفر فيها، فلا ضمان عليه فيما يسقط فيها، فإن كان مستعيرها ضمن .

١٦- أمر السلطان وإكراهه سبب للضمان عليه، وكذا أمر السيد عبده .

والله أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم . والحمد لله رب العالمين .